This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Bk. Mar 1924

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.

AUSTRIA

Vereinigung und Trennung von Gemeinden.

Beiträge zur Abgrenzung des Gemeindebegriffes.

Von

Dr. Carl Brockhausen.

Wien 1893.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 20.

For TX
B864v

MAY 25 1922
JUN 7 1922

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Cap. 1.	Einleitung	1
„ 2.	Vereinigung von Gemeinden. A. Die möglichen Formen dieser Vereinigung	10
„ 3.	B. Die wirklich vorkommenden Vereinigungsformen	16
„ 4.	Die gänzliche Vereinigung. A. Voraussetzungen derselben	26
„ 5.	Stellung der Staatsgewalt bei der gänzlichen Vereinigung	36
„ 6.	Fortsetzung (selbstständiger und übertragener Wirkungskreis)	45
„ 7.	Der Vertragscharakter der gänzlichen Vereinigung	52
„ 8.	B. Rechtsfolgen der gänzlichen Vereinigung	74
„ 9.	Fortsetzung (Gemeinde und Ortschaft)	82
„ 10.	Vereinigung zu einer Sammtgemeinde	90
„ 11.	Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung	97
„ 12.	Die Trennung von Gemeinden	104
„ 13.	Oeffentlich-rechtliche Folgen der Vereinigung und Trennung	120
„ 14.	Schlußfolgerungen	130

Erstes Capitel.

Einleitung.

§. 1. Die in der deutschen Literatur auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes vorherrschenden Forschungsmethoden, so verschiedene Wege sie auch betreten, stimmen, insoweit sie sich mit dem Gemeinderechte befassen, darin überein, daß sie ziemlich unbekümmert um die positiven Gesetzesbestimmungen sich bemühen, einen allgemein giltigen Gemeindebegriff aus ebenso allgemeinen Theorien über Wesen und innere Natur des Staates und der Gemeinde abzuleiten.

Indem sie die Aufstellung eines Gattungsbegriffes: „Gemeinde" nicht als das letzte, erst nach vollkommener Erkenntnis der Einzeleigenschaften dieser Gebilde und nach Durchforschung der wirklichen rechtlichen Verhältnisse zwischen Gemeinde, Staat und anderen Verwaltungskörpern zu erreichende Ziel hinstellen, unternehmen sie es, eine Begriffsconstruction in mehr oder weniger aprioristischer Weise durchzuführen, um aus dem also construirten Begriffe die rechtlichen Folgerungen zu ziehen.

Schon die betrübende Wahrnehmung, daß dieselbe Streitfrage über die begriffliche Abgrenzung des Staates gegenüber ihm ein- und untergeordneteren Gemeinwesen mit wesentlich denselben Argumenten seit Pufendorf und Ludolfus Hugo geführt wird[1]), könnte von der Erfolg-

[1]) Vergl. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Berlin 1889. Cap. II.

losigkeit solcher, auf rein gewillkürter Basis aufgebauter Untersuchungen Zeugnis geben.

Der Mangel exacter Methode hat denn auch dahin geführt, daß als Ergebnis aller bisherigen Untersuchungen über das Wesen des Gemeindebegriffes die widersprechendsten Theorien einander gegenüberstehen, so daß jede derselben geradezu als die Negation einer anderen bezeichnet werden kann.[1])

Die eine Auffassung erblickt in der Gemeinde ein untergeordnetes Organ des Staates[2]); ihre öffentlich rechtlichen Functionen sind nur staatliche Functionen[3]); ihre öffentliche Gewalt ist nichts anderes als Staatsgewalt, die im Namen oder doch im Auftrage des Staates geübt wird[4]); demgemäß gibt es keine Aufgaben der Communalverbände, die

---

[1]) Unter solchen Umständen dürfte eine dogmengeschichtliche Erörterung des Gemeindebegriffes geringe Aussicht haben, einen Fortschritt in der Entwickelung dieses Begriffes nachzuweisen; die folgende Abhandlung hat sich darauf beschränkt, die divergirendsten Theorien cursorisch zu erörtern und einander gegenüber zu stellen, um aus dieser Divergenz der Anschauungen die Nothwendigkeit exact juristischer Forschung zu begründen.

Der von Oskar Gluth (die Lehre von d. Selbstv. Tempsky 1887) unternommene Versuch, eine Dogmengeschichte des Begriffes der Selbstverwaltung zu schreiben, wird von dem Verfasser selbst hinlänglich durch die Bemerkung (Seite 10) kritisirt, daß er auf eine chronologische Darstellung der Literatur verzichten mußte, weil von den das Wort führenden Ansichten .... „thatsächlich nicht etwa die eine die andere abgelöst hat", mit anderen Worten also, eine fortschreitende Entwickelung des Begriffes nicht stattgefunden hat.

[2]) Vergl. Loening (deutsches Verwaltungsrecht, S. 31 flg.), den man wegen seiner einseitigen Hervorkehrung des Momentes, daß die Gemeinden Staatsorgane seien, als Typus dieser Richtung citiren kann.

[3]) Loening, a. a. O. S. 32.

[4]) Loening, ebenda S. 33.

nicht staatlicher Natur wären, und folgerecht leugnet Loening den Unterschied zwischen selbständigem und übertragenem Wirkungskreise.[1])

Die entgegengesetzte Richtung, als deren ausgesprochensten Vertreter man Gierke bezeichnen kann, erklärt den engeren Verband der Staatsbürger, die Gemeinde, als eine dem Staate vollkommen homogene Gemeinschaft[2]), welche ihre öffentlich rechtliche Bedeutung gar nicht vom Staate ableitet, ihre Rechtsnormen aus sich selbst erzeugt, und deren öffentlich rechtliche Stellung keine vom Staate verliehene, sondern lediglich eine anerkannte ist; demgemäß erscheint als die Quelle des Gemeinderechtes nicht der Staatswille, sondern die Gemeinde selbst; ihre Gerichtsbarkeit ist ein eigenes von Innen kommendes Hoheitsrecht; ihr Armenwesen regelt sie nicht als staatliche Pflicht, sondern als sittliche Genossenschaft ꝛc. ꝛc.

Die ersterwähnte Lehre beruft sich auf das Princip des allmächtigen Staates, der jede öffentliche Gewalt absorbirt, und daher auch die Gemeinde, falls sie einst autonom war, sich incorporirt und zu seinem Organe gemacht hat[3]), und es erscheint ihr unverständlich, wie neben der Allgewalt des Staates noch ein anderes Individuum im Staate zu eigenem Rechte Hoheitsrechte ausüben sollte.

Die andere Auffassung beruft sich auf das angebliche Vorhandensein von ohne Mithilfe des Staates entstandenen Gemeindegebilden, und wenn sie auch in den positiven Gemeindeordnungen die natürliche Rechtsstellung der Gemeinde oft unberücksichtigt findet, so glaubt sie doch aus dem „Begriffe und Wesen" der Gemeindepersönlichkeit die Forderung einer Ausgestaltung der freien Gemeinde ableiten zu dürfen, und eine Wieder-

---

[1]) Loening, ebenda S. 32.

[2]) Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1868 S. 644 flg.

[3]) Vergl. Loening, a. a. O. S. 32.

herstellung der vom absoluten Staate widerrechtlich eingeengten und im 19. Jahrhunderte nur theilweise freigegebenen Gemeinde verlangen zu müssen.[1])

Zwischen diesen heterogenen Meinungen liegt eine Reihe vermittelnder Systeme[2]), die sich der einen oder der anderen Richtung mehr anschließen, je nachdem vom Standpunkte des plenipotenten Staates die Gemeinde, oder vom Standpunkte der unabhängigen Gemeinde der Staat in Betrachtung gezogen wird.

Nun lassen sich für alle diese Theorien bei dem Mangel einer anderen reellen Basis mit Leichtigkeit historische Belege erbringen. Das Studium der Geschichte begünstigt nämlich jede dieser Richtungen, je nachdem man zur Feststellung des Gemeindebegriffes mehr auf das jetzige und das vorausgegangene Jahrhundert, oder aber auf eine frühere Vergangenheit zurückgreift; denn obwohl es Perioden gab, in denen die genossenschaftliche Kraft der Gemeinden in einer Weise blühte, daß die Staatsgewalt daneben ein Schatten war[3]), so gelangte letztere dennoch später in die Lage, der Gemeinde auch den letzten Schimmer von politischer Selbstständigkeit zu rauben.[4])

So leicht es demnach ist, für jede denkbare Gemeindeform einen historischen Beleg zu erbringen, so bedenklich ist es, einen solchen für

[1]) Vergl. H. Schulze, Lehrbuch des allg. Staatsr. Bd. I. S. 411.

[2]) Ueber diesen Ausdruck vergleiche Gluth, a. a. O. S. 9: „vermittelnd, weil es bei aller Entschiedenheit des Eintretens für die Gemeindefreiheit seinen Frieden sucht mit einer Alles beherrschenden Staatsgewalt."

[3]) Vergl. Maurer, Geschichte der Dorfverfassungen in Deutschland III. Bd. S. 48 und 91, 152 flg.

[4]) Ebenda S. 164, 182. — Loening, Verwaltungsr. S. 141. — E. Meier, Reform der Verwaltungsorg. — Am eingehendsten Gierke, Genossenschaftsorg. I, Schmoller, Zeitschrift f. preuß. Geschichts- u. Länderkunde, VIII.

genügend zu erachten auf einem Gebiete, wo historisch keine Form unversucht blieb.

§. 2. Legen diese Bemerkungen die Vermuthung nahe, daß man zur Erkenntnis des geltenden Gemeindebegriffes weder auf dem Wege einer aprioristischen Begriffsconstruction noch auf jenem der Erforschung vergangener Gemeindeindividualitäten gelangen werde, so gibt ein anderes Moment einen Fingerzeig, wie man vorgehen müsse, um zunächst den bei uns geltenden Gemeindebegriff zu erfassen.

Als nämlich die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts in Oesterreich und Deutschland sich in eine vollständige Neuregelung der Gemeindeverhältnisse einließ, standen einander gegenüber ein plenipotenter Staat und eine von der Staatsgewalt durchaus abhängige Gemeinde. Dabei waltete zwar in größerem oder geringerem Maße die Intention vor, die alte unabhängige Gemeinde, von der zwar nicht eine genaue positive Kenntnis, wohl aber eine dunkle Erinnerung zurückgeblieben war, wieder herzustellen.[1])

Allein es handelte sich von vorhinein nicht um eine vertragsmäßige Abgrenzung der beiderseitigen Machtsphären, vielmehr war es der einseitige Wille der Staatsgewalt, die sich selbst beschränken, oder ihre Sphäre beliebig ausdehnen konnte, und so ist denn auch die Regelung der Gemeindeverhältnisse nirgends von den einzelnen Gemeinden selbst in die Hand genommen worden, noch etwa durch einen Compromiß zwischen den Vertretern der Staats- und der Gemeindegewalt zu Stande gekommen. Demnach konnte sich der Staatswille unter den historisch gegebenen zahlreichen Gemeindeformen, die von dem bloßen staatlichen Verwaltungsbezirke bis zur staatsgleichen Gemeinde existirt haben, die ihm passend erscheinende Form als Muster der neuen Gemeindeordnung

[1]) Vergl. die Protokolle des Abgeordneten- und Herrenhauses in Cap. V dieser Schrift.

auswählen, und damit zugleich die Grenze bestimmen, ob und inwieweit seine Macht in Hinkunft durch den neuen Gemeindekörper eingeschränkt, ja das Wesen des alten Staatsbegriffes selbst umgestaltet werden sollte.

Dies ist nun in verschiedenen Staaten in ganz verschiedenem Maße erfolgt.

Hiemit ist aber auch der Weg angedeutet, den die Forschung auf dem Gebiete des Gemeinderechtes zunächst einzuschlagen haben wird.

Ist nämlich einmal zugegeben, daß es der Wille des Staates und zwar der einseitige Willensact desselben war, welcher die heutigen Gemeindeordnungen erließ, so ergibt sich, daß die Frage, welche Stellung nach geltendem Rechte den Gemeinden im Staate zukomme, in stringenter Weise nur durch eine Erforschung des gesetzgeberischen Willens gelöst wird, indem an Stelle des politischen Raisonnements über die mögliche Stellung der Gemeinde zum Staate die juristische Forschung über deren wirkliche Stellung tritt.

Und weil in verschiedenen Staaten die Abgrenzung der Staats- zur Gemeinde-Gewalt in ganz verschiedener Weise erfolgt ist, erscheint es, um die Gemeinde eines bestimmten Staates zu erkennen, unbedingt erforderlich, vor Allem die Entstehungsgeschichte seiner Gemeinde-Gesetzgebung zu verfolgen und die positiven Bestimmungen dieser Gesetze zu prüfen; dies wird für jedes Gesetzgebungsgebiet zu mehr oder weniger verschiedenen Resultaten führen, und erst durch Abstraction der gefundenen concreten Gemeindebegriffe wird man zu einem allgemeinen für mehrere oder alle Culturstaaten giltigen Gemeindebegriffe vorschreiten können.[1])

[1]) Damit wird auch ein anderer Vorwurf vermieden, welchen man gegen die herrschende Methode mit Recht erheben kann. Sie stellt so unabhängig von den Gesetzgebungsacten der einzelnen Staaten den Gemeindebegriff auf — daß man annehmen muß, es sei ihr wirklich darum zu thun, einen Begriff der

Wenn demnach die Verwaltungsrechtswiſſenſchaft den entgegengeſetzten Weg verfolgt und jeder einzelne Autor, von einem theoretiſch conſtruirten Begriffe des Weſens der Gemeinde ausgehend, ſich ſelbſt aus den denkbaren Gemeindeformen eine als die allein richtige ausſucht, ſo eröffnet die herrſchende Methode dieſes Zweiges der Jurisprudenz eine der geſetzgeberiſchen parallele Thätigkeit des willkürlichen Ausſuchens einer der denkbaren Gemeindeformen und das Reſultat iſt, daß neben den zahlreichen in den einzelnen Geſetzgebungsgebieten geltenden Gemeindebegriffen noch eine Reihe von bloß im Reiche der Wiſſenſchaft geltenden Gemeindebegriffen nebenherläuft.

Welchen Weg die nachfolgende Unterſuchung einſchlagen wird, iſt durch das oben Geſagte von ſelbſt gegeben.

Damit iſt allerdings das Bekenntnis ausgeſprochen, daß wir trotz zahlreicher Vorarbeiten noch immer ſo ziemlich am Anfange aller Erkenntnis der Gemeinderechtsverhältniſſe ſtehen; und dieſes Bekenntnis iſt umſo gerechtfertigter, als es bis heute der Wiſſenſchaft nicht gelungen iſt, auch nur Ein unanfechtbares Grenzzeichen zwiſchen den Begriffen Staat und Gemeinde feſtzuſtellen, wie dies Preuß in ſeiner Schrift: „Gemeinde, Staat, Reich“ in überzeugender Weiſe dargelegt hat. Und wenn wir im Folgenden gezwungen ſein ſollten, das von Preuß ſelbſt aufgerichtete neue Grenzzeichen abermals niederzureißen, ſo wird die Behauptung wohl gerechtfertigt erſcheinen, daß an eine umfaſſende

---

Gemeinde herzuſtellen, der in ganz gleicher Weiſe Anwendung finden müſſe für unſere Culturſtaaten, wie etwa für die Negergemeinden Afrikas.

Und doch genügt ſchon ein Hinweis auf die franzöſiſche Gemeinde im Vergleich zur öſterreichiſchen und deutſchen, um zu ſehen, daß ſelbſt innerhalb der Culturſtaaten ſo weitgehende Unterſchiede beſtehen, daß es oft ſchwer fällt, dieſelbe techniſche Bezeichnung für die betreffenden Gebilde aufrecht zu erhalten.

Begriffsconstruction erst zu denken sein wird, nachdem sie durch die Durchforschung der einzelnen concreten Gemeinderechte genügend vorbereitet ist.

§. 3. Es ist klar, daß die hier propagirte Methode erst nach Behandlung des gesammten österreichischen Gemeinderechtes mit umfassenden Resultaten und auch nur in Betreff der Gemeinden dieses Gesetzgebungsgebietes wird hervortreten können. Wenn es trotzdem versucht wird, im folgenden die Richtigkeit derselben an einem engbegrenzten Gebiete des Gemeinderechtes zu erproben und zugleich Beiträge für die Begriffsbestimmung zu erbringen, so möge dieses Wagnis durch eine kurze Charakterisirung der zur Behandlung kommmenden Materie selbst gerechtfertigt werden.

Anstatt nämlich die fertige Gemeinde in ihren verschiedenen Lebensäußerungen darzustellen, und auf diese Weise ein vollständiges System des Gemeinderechtes zu bieten, will diese Schrift — die nur als Vorarbeit eines solchen Systemes gelten soll — versuchen, die Gemeinde in dem gleichsam flüssigen Zustande der Unfertigkeit, in ihrer Entstehung, sowie in ihrem Untergange darzustellen, wobei von dem Gedanken ausgegangen wird, daß, wenn wir den Werde- und Absterbeproceß solcher Gebilde gleichsam an der Hand eines Experimentes beobachten können wir einen Einblick in die einzelnen Entwickelungsphasen gewinnen, der bei dem fertigen Körper nicht so leicht zu erlangen ist, und den auch eine gewissenhafte historische Forschung nur schwer zu erfüllen vermag.[1])

Nun aber sind — da eine retrospective historische Betrachtung vermieden werden soll — die nahezu einzigen Formen, in denen sich nach geltendem Rechte Entstehung und Untergang von Gemeinden vor unseren Augen abspielen jene der Vereinigung und Trennung von

[1]) Über einen ähnlichen Gedankengang vergl. Binding, „die Entstehung des norddeutschen Bundes". Festgabe der Leipziger Juristenfacultät. 1888.

Gemeinden.[1]) Indem wir demnach an der Hand des geltenden Gemeinderechtes diese Vorgänge zum Gegenstande unserer Betrachtung machen, werden wir versuchen, den Moment zu erfassen, in welchem ein bestehendes Gemeindewesen diese seine Eigenschaft verliert, und die Kräfte beobachten, welche diese Wirkungen hervorrufen; wir werden dabei die Frage beantwortet sehen, ob der Staat oder eine andere von außen wirkende Kraft als Schöpfer des neuen, als Vernichter des alten Gemeindewesens auftritt, oder aber, ob diese Veränderungen von innen heraus vor sich gehen. Indem mit der Neubildung eines Gemeindekörpers auch nothwendig die Neuschaffung von Organen auftritt, wird die Fähigkeit oder Unfähigkeit der Gemeinde, solche Organe aus sich selbst heraus zu schaffen, ersichtlich werden; und die Frage, wie und von wem in den Zeiten des Ueberganges die Vertretung der in Auflösung beziehungsweise noch in der Bildung begriffenen Gemeinden geführt wird, dürfte für die Erkenntnis des Verhältnisses der Gemeinde zu höherem Gattungsbegriffe, zu Staat und Land von wesentlicher Bedeutung sein.

---

[1]) Die verhältnismäßig seltenen Vorgänge, daß eine kaiserliche Residenz zur Gemeinde oder daß eine Gemeinde in ihrer Gesammtheit zu einer Residenz werde, oder daß durch Untergang oder Entstehung eines Gutsgebietes Gemeinden entstehen oder untergehen, wurden hier, als für unsere Zwecke weniger ergiebig, außer Betracht gelassen.

Zweites Capitel.

Die Vereinigung von Gemeinden.

A. Die möglichen Formen der Vereinigung von Gemeinden.

§. 1. Unter Vereinigung mehrerer Gemeinden kann man im weiteſten Sprachſinne jede Art loſeren oder innigeren Zuſammengehens, gemeinſamen Handelns derſelben verſtehen, ohne daß hiedurch bereits eine ſpecifiſche neue Rechtsform geboten würde, die Anlaß zu einer beſonderen Betrachtung gäbe, oder Anſpruch auf einen beſonderen techniſchen Namen erheben könnte.

Das Leben verlangt die Zuſammenfaſſung der Kräfte Einzelner zur Erreichung gemeinſamer Ziele in ſo mannigfacher Weiſe, daß in dem Umſtande, daß es gerade „Gemeinden" ſind, deren Kräfte concentrirt, geeinigt werden, noch nichts eine juriſtiſche Sonderbetrachtung Erforderndes enthalten iſt.

Daher iſt in der naheliegendſten und einfachſten Form einer Verbindung, in welche Gemeinden zu einander treten können, nämlich in der Form eines Vertrages, durch welchen ſie ſich zu gemeinſamem Handeln in irgend einer Richtung verſtehen, noch kein ſpecifiſches Moment gegeben, welches uns berechtigen würde, dieſe Willenseinigung der Gemeinden als einen techniſchen Begriff beſonderer Art von anderen Verträgen abzuheben.

§. 2. Anders geſtaltet ſich die Sache dann, wenn die Einigung ſo weit geht, daß Functionen und Aufgaben, welche jede einzelne

Gemeinde bisher durch ihre eigenen Organe durchzuführen hatte, nunmehr durch ein diesen Einzelgemeinden gemeinschaftliches Organ zu besorgen sind. Während bei bloß gemeinschaftlichem Handeln jede Einzelgemeinde nach wie vor ausschließlich durch ihre eigenen Organe vertreten wird, tritt hier bereits eine Aenderung in der inneren Einrichtung, in der Organisation der also verbundenen Gemeinden ein, indem hier Organe entstehen, die beiden Gemeinden gemeinsam sind, und dadurch erscheint es gerechtfertigt, von einem technischen Vorgange zu reden, der eine specifische Betrachtung auf dem Gebiete des Gemeinderechtes erfordert.[1])

Thatsächlich hat sich auch in der Gesetzgebung wie in der Literatur eine besondere Bezeichnung für diesen Vorgang ausgebildet. Das österreichische Gesetz (Art. VII des Reichsgemeindegesetzes vom

[1]) Den gleichen Eintheilungsgrund benützt Jellinek in seiner Lehre von den Staatsverbindungen (S. 58 flg.) und verwerthet denselben dazu, alle Staatenverbindungen in organisirte und nicht organisirte einzutheilen, wobei er die nicht organisirte Verbindung der mit einander im Verkehr stehenden Staaten mit dem Ausdrucke: „Staatengemeinschaft" bezeichnet (S. 100), während wir es mit Absicht unterlassen, der bloß vertragsmäßigen Annäherung der Gemeinden eine technische Bezeichnung zu geben.

Wenn die weitere Behandlung der verwandten Materie hier in einer von der Jellinek'schen durchaus abweichenden Weise erfolgen wird, so liegt das vor Allem daran, daß es Jellinek darum zu thun ist, die Natur der durch Vereinigung entstandenen Staatenverbindungen zu ergründen, wobei ihm der Uebergangsproceß nur in Etwa zu Erläuterungen des Gewordenen dient — während es hier gerade darauf ankommt, die Processe auszudenken, welche bei Verbindung und Trennung sich abspielen, um daraus Schlüsse auf den Gemeindebegriff zu ziehen. Was bei Jellinek Statik, ist hier Dynamik der Functionen.

Daher erscheint ihm die innigste Vereinigungsform (Incorporatio) die leblosefte (vergl. S. 68 u. flg.), während sie hier, im Zeitpunkte des Ueberganges betrachtet, die lebendigste erscheint.

5. März 1862 Nr. 18 und des VI. Hauptstückes der Landesgemeindeordnungen) bezeichnet denselben als „Vereinigung zu einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung"; die deutsche Gesetzgebung und Literatur bedient sich dafür des Ausdruckes: „Zweckverband".[1])

Das Charakteristische dieser Form ist der intacte Fortbestand der also verbundenen Gemeinden als solcher bei Aenderung ihrer inneren Einrichtung und ihrer Vertretung nach außen. Es tritt ein neues Organ auf, nicht aber eine neue Gemeinde.[2])

§. 3. Auch die soeben genannte Vereinigung zu gemeinsamer Geschäftsführung erscheint als eine losere gegenüber jener, in welcher nicht bloß die Organe der Einzelgemeinden zusammengefaßt, sondern denselben Theile ihrer Befugnisse abgenommen und auf ein neues Gebilde ähnlicher Art übertragen werden. Es erhebt sich also über den bisherigen Einzelgemeinden als ein gemeinsamer Oberbau eine dritte

---

[1]) Allerdings ist der Name Zweckverband nicht so unzweideutig wie die österreichische Bezeichnung „Geschäftsführung", da mit „Zweckverband" sich nur zu leicht die Idee verbindet, daß eine neue Persönlichkeit entsteht, was bei dem Worte Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

Wie wenig die Begriffe noch geklärt sind, zeigen §§. 126 u. 128 des Regierungsentwurfes der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der preußischen Monarchie, welche die „Verbände" kurzweg mit den „Rechten öffentlicher Körperschaften" ausstattete, indes das Gesetz (§§. 128 u. 130) den bezüglichen Passus, in welchem diesen Verbänden die Rechte öffentlicher Körperschaften zugedacht werden, einfach eliminirt hat. Vergl. auch Keil, über den Entwurf einer Landesgemeindeordnung im Archiv f. öff. Recht 1891, welcher darüber klagt, daß man mit den Begriffen: „Bürgermeisterei" „Zweckverband" u. Sammtgemeinde in jüngster Zeit willkürlich genug umgegangen ist. (S. 371.)

[2]) Eine specielle Form dieser Organisationsvereinigung bildet die Bürgermeisterei in einigen deutschen Staaten (so Art. 6 der bayer. Gemeindeordnung vom 29. April 1869, G.-Bl. S. 865, für die Pfalz G.-Bl. S. 1009. Vergl. auch Seydel, bayer. Staatsr. III. Bd. S. 62).

neue Gemeinde, welche sich als ein Gebilde höherer Ordnung, eine Obergemeinde darstellt, während die ihrer Befugnisse zum Theil beraubten ursprünglichen Gemeinden ihr gegenüber als Gebilde unterer Ordnung, als Untergemeinden verbleiben.

Da hier die Befugnisse der früheren Gemeinde zerlegt und in anderer Weise aufgetheilt werden, wird jetzt die Frage nahegelegt, ob diese neugebildeten Ober- und Untergemeinden noch unter den Gemeindebegriff fallen; die Beantwortung dieser Frage wird von der Untersuchung der Vorfrage abhängen, inwieweit ein bestimmter Wirkungskreis als ein begriffliches Moment der Gemeinde anzusehen ist. Hier sei zunächst nur constatirt, daß diese Form zu den logisch möglichen Verbindungen gehört, welche Gemeinden eingehen können — und daß gleichviel, welches die rechtlichen Consequenzen eines solchen Vorganges sind, diese Verbindungsform zur Entstehung einer neuen Rechtspersönlichkeit führt; hierin ist das unterscheidende Merkmal gegenüber der Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung zu suchen. Auch diese Vereinigungsform hat in der Praxis Leben und Namen gewonnen; in Deutschland führt sie den technischen Namen: „Sammtgemeinde"; in Niederösterreich heißt sie „Verwaltungsgemeinde".[1])

§. 4. Bei einer fortschreitenden Betrachtung der möglichen Formen einer stets inniger werdenden Vereinigung gelangt man endlich zu einer

---

[1]) In den betreffenden Landtagsprotokollen des n. ö. Landtages vom Jahre 1863 erscheinen promiscue die Ausdrücke „Gesammtgemeinde", „Samtgemeinde". Erst bei Wiederaufnahme des betreffenden Gesetzentwurfes im Jahre 1874 entschied man sich für die Bezeichnung: „Verwaltungsgemeinde". In anderen österreichischen Kronländern kommt sie nicht vor; eine ähnliche Einrichtung in Krain (Haupt- und Untergemeinden), eingeführt durch Landesgesetz vom 2. Jänner 1869, L.-G.-Bl. Nr. 5, wurde wieder aufgehoben durch Landesgesetz vom 21. August 1888 Nr. 23.

ſolchen, in welcher nicht mehr bloß einzelne Organe oder Theile des Wirkungskreiſes durch die Verbindung abſorbirt werden, ſondern alle oder doch wenigſtens eine der zu vereinigenden Gemeinden vom Schauplatze verſchwinden, um in der Vereinigung aufzugehen.

Daß eine ſolche Vereinigungsform intenſiver iſt, als die bisher erwähnten, liegt auf der Hand, und ſie läßt ſich mit Recht als die Vereinigung *κατ' ἐξοχήν*, als die Vereinigung ſchlechthin bezeichnen.

Auch dieſe Form, die ſich bei bloß logiſcher Betrachtung der denkbaren Fälle von ſelbſt aufdrängt, iſt in der Praxis und der Literatur bekannt. Von analogen Verbindungen handelt insbeſondere das Kirchenrecht bei der Lehre der Vereinigung von Pfründen, und ebenſo beſchäftigt ſich mit ihnen das ältere Staatsrecht bezüglich der Staaten-Verbindungen.[1])

An Stelle der zahlreichen Diſtinctionen, welche dieſe älteren Lehren aufſtellten (unio per suppressionem, per confusionem, per novationem, unio reali aequali jure, inaequali jure, unio in corporative incorporatio plena, minus plena), genügt es feſtzuſtellen, daß bei gänzlicher Vereinigung entweder eine der zu vereinigenden Gemeinden gänzlich in der oder den anderen Gemeinden aufgeht (Incorporation), oder daß die ſämmtlichen bisher beſtandenen Gemeinden verſchwinden, um einer neuen dritten, räumlich größeren aber ſonſt gleichartigen Gemeinde Platz zu machen (confusio).

Gemeinſchaftlich iſt den Arten dieſer Vereinigung, daß durch das Verſchwinden einer oder mehrerer Gemeinden eine Lücke entſteht, welche naturgemäß von der neu entſtehenden Gemeinde in irgend einer Weiſe ausgefüllt werden muß. Die nächſtliegende Form, in welcher dieſe Forderung erfüllt werden kann, wäre wohl die, daß Univerſal-

---

[1]) Vergl. Jellinek, Staaten-Verbindungen S. 68.

ſucceſſion eintritt, indem die erweiterte, beziehungsweiſe die neue Gemeinde die Geſammtheit der Rechte und Pflichten der untergehenden Gemeinde übernimmt. Ob und in welcher Weiſe die öſterreichiſche Gemeindegeſetzgebung dieſer Forderung gerecht wird, ſoll erſt ſpäter behandelt werden. Die Abſicht dieſes Capitels war es zunächſt nur, die vom Standpunkte der Logik möglichen Vereinigungsformen, inſoferne ſie ein reales Intereſſe haben, in fortſchreitender Entwicklung aufzuzeigen.

Alle dieſe Formen ſind typiſcher Art: ſie finden in verſchiedenen deutſchen Gemeindeordnungen Anwendung; ihre Mannigfaltigkeit wird verdoppelt, wenn man als weiteres Eintheilungsmoment in Betracht zieht, ob dieſe Vereinigung von innen heraus, durch den Willen der ſich einigenden Gemeinden ſelbſt erfolgt, oder aber durch eine außenſtehende Macht herbeigeführt wird: ob ſie eine freiwillige oder eine zwangsweiſe iſt.

Drittes Capitel.

B. Die wirklich vorkommenden Vereinigungsformen.

§. 1. Es ist gewiß eine sehr auffällige Erscheinung, daß von all' diesen denkbaren Formen der Vereinigung in jenen Landesgesetzen, welche auf Grund des Reichsgesetzes vom 5. März 1862 in den Jahren 1863 bis 1866 die österreichischen Gemeindeverhältnisse normirten, nur die Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung in den beiden Arten (der freiwilligen und der zwangsweisen) erscheint[1]), wogegen sich die Form der Sammtgemeinde ursprünglich[2]) gar nicht findet; ebensowenig die der incorporatio und von der confusio nur jene, die — wie später gezeigt werden soll — auf dem freien Willen der Gemeinden beruht.[3])

Eine oberflächliche Betrachtung könnte diese Erscheinung mit der Bemerkung abthun, daß der Gesetzgeber eben nur die auffälligsten oder wichtigsten Typen seiner Behandlung unterzog; alle anderen als minder belangreich bei Seite liegen lassend.

Demgegenüber ist es nun von besonderem Interesse zu beobachten,

---

[1]) VI. Hauptstück der verschiedenen Landesgemeindeordnungen: „Von der Vereinigung der Gemeinden zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung."

[2]) Von der späteren Einführung dieser Form in Niederösterreich durch das n. ö. Landesgesetz v. 16. April 1874 handelt Cap. 10 dieser Abhandlung.

[3]) §. 2 der verschiedenen Landesgemeindeordnungen.

wie durch die Natur viel mächtigerer Factoren es sich von selbst ergab, daß, als die Landesgesetzgebungen daran gingen, die Gemeindeverhältnisse zu normiren, die von ihnen wirklich geschaffenen auch die einzig möglichen, und alle anderen Formen von vorhinein aussichtslos waren, bis eine gänzliche Umgestaltung der Gesetzgebungscompetenz von Reich und Land neue Formen ermöglichte.

§. 2. Zu diesem Behufe ist ein kurzer Ausblick auf die Entstehungsgeschichte der österreichischen Gemeindeordnungen vonnöthen.

Unsere Gemeindegesetze sind Landesgesetze; aber erst seit dem Staatsgrundgesetze über die Reichsvertretung vom 21. December 1867 (R. G. B. Nr. 141) ist dieser Zweig der Gesetzgebung vollständig auf die Länder übergegangen. Zur Zeit, als die geltenden Gemeindegesetze entstanden, bestand das Patent vom 26. Februar 1861 in Kraft, nach welchem als Landesangelegenheiten erklärt wurden und demnach in die Competenz der Landesgesetzgebung fielen: . . . „die näheren Anordnungen inner den Gränzen der allgemeinen (d. i. Reichs-) Gesetze in Betreff . . . der Gemeindeangelegenheiten."

Sowohl der Wortlaut „inner der Gränzen" als auch die Bestimmung des Art. III. des Kundmachungspatentes zum Februarpatente, in welchem demselben für jedes Land die Kraft eines Staatsgrundgesetzes verliehen wurde, lassen keinen Zweifel, daß es die Absicht der Reichsgesetzgebung war, den Landesgesetzen Schranken zu ziehen.

Genau auf demselben Standpunkte steht auch das für alle cisleithanischen Kronländer wirksame Reichsgemeindegesetz vom 5. März 1862, mit welchem, wie es in der Einleitung heißt: „die grundsätzlichen Bestimmungen zur Regelung des Gemeindewesens vorgezeichnet werden", und auf deren „Grundlage" (Art. XXVI) Gemeindeordnungen durch Landesgesetze zu erlassen waren.

Ueber das wechselseitige Verhältnis der Reichs- und Landes-

gemeindeordnungen kann somit bis zur Zeit der Staatsgrundgesetze im Jahre 1867, in welcher die gesammte Gemeindegesetzgebung den Landtagen überantwortet wurde, kein Zweifel herrschen. Die oft endlosen Debatten über das Reichsgemeindegesetz in beiden Häusern des Reichsrathes im Jahre 1862 und 1863 bewegten sich vornehmlich um die Frage, wie weit oder wie eng man die Grenzen ziehen solle, innerhalb deren die Landesgesetze sich bethätigen dürfen, und jeder Artikel des Reichsgemeindegesetzes hat eigentlich nur die Bedeutung: „In dieser Hinsicht darf die Landesgesetzgebung nichts Anderes bestimmen".[1])

Während demnach die Reichsgesetzgebung in ihren Anordnungen vollkommen frei war, und sich bei der Regelung der Gemeindeverhältnisse lediglich von objectiven Gründen der Zweckmäßigkeit leiten lassen konnte, hatte die Landesgesetzgebung schon nicht mehr jene Actionsfreiheit, sondern mußte in dem Willen des Reichsgesetzes eine rechtliche Schranke anerkennen; durch diese war sie gehindert, jene Vereinigungsformen aufzunehmen, welche das Reichsgesetz im vorhinein unmöglich gemacht hatte.

§. 3. Diese Schranken aber waren, wie sogleich gezeigt werden soll, dreifacher Art.

1. Vor allem war die Reichsgesetzgebung bestrebt, die Freiheit und Selbstständigkeit der Gemeinden gegenüber etwaigen gegentheiligen Tendenzen der verschiedenen Landtage sicherzustellen, und dies erklärt sich leicht, wenn man die Ereignisse in Betracht zieht, die unmittelbar vorausgegangen waren.

---

[1]) Wie sehr diese Anschauung respectirt wurde, möge aus dem gewiß eigenthümlichen Vorgange erhellen, daß in einigen Landtagen jene §§. der Regierungsvorlage, welche eine wörtliche Wiedergabe des Reichsgemeindegesetzes waren, gar nicht zum Gegenstand der Debatte und Abstimmung gemacht wurden (Schlesien Landtagsprotokolle ex 1863 S. 389. Salzburg Landtagsprotokolle ex 1863 S. 458, 462 u. a. m.).

Ein äußerst freies Gemeindegesetz vom Jahre 1849, welches die seine Tendenz energisch hervorkehrende, wenn auch für einen Gesetzesparagraphen merkwürdige Bestimmung enthielt: „Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde", war nicht zur entsprechenden Durchführung gelangt, und ein die Freiheit der Gemeinden aufs äußerste einschränkendes Gemeindegesetz (vom 24. April 1859) entsprach der inzwischen geübten Praxis.

Als man im Jahre 1862 an eine Neuregelung der Gemeindeverhältnisse schritt, stimmten Regierung, Abgeordnetenhaus und Herrenhaus darin überein[1]), daß den Gemeinden die möglichste Freiheit gewährt werden müsse, und eben, weil die specielle Regelung des Gemeindewesens den Landtagen überlassen war, mußten in diesem Sinne die reichsgesetzlichen „Grundsätze" so abgefaßt werden, daß keine Landesgesetzgebung in der Lage sein sollte, die Gemeindefreiheit wiederum einzuschränken. Wir können daher das Reichsgemeindegesetz ganz wohl dahin charakterisiren, daß es die Landesgesetze in einer Weise einschränken wollte, daß diese ihrerseits die Gemeinden nicht weiter einschränken durften, als das Reichsgesetz es bereits mit Bewußtsein that.[2])

In diesem Sinne wurden denn auch die reichsgesetzlichen Bestimmungen abgefaßt, welche von der Anwendbarkeit des Zwanges bei

[1]) Vergl. die betreffenden Auszüge aus den Reichsrathsprotokollen in Cap. 5 dieser Abhandlung.

[2]) Interessant und ganz folgerichtig ist es hiebei, daß im Reichsrathe immer nur von der Freiheit der „Gemeinde" und niemals von der Freiheit des „Individuums in der Gemeinde" die Rede war, und hieraus erklärt sich, daß die einseitige Auffassung der „Gemeindefreiheit" ihre Spitze nicht nur gegen die Staatsverwaltung, sondern vornehmlich auch gegen die Personen in der Gemeinde kehrte, so daß die Gemeinde in ortspolizeilichen Angelegenheiten so ziemlich jene Machtfülle dem Individuum gegenüber erhielt, welche der Staat auf dem Gebiete der Staatspolizei diesem gegenüber inne hatte.

der Vereinigung von Gemeinden handeln. Das Gesetz vom Jahre 1849 hatte die Möglichkeit zugelassen, daß schwache Gemeinden auch wider ihren Willen gänzlich vereinigt werden können, und die Praxis hatte gezeigt, daß solche Zwangsvereinigungen massenhaft und durchaus nicht im Interesse der Gemeindeverwaltung vorgekommen waren.[1])

Diesem vielfach beklagten Vorgange gegenüber nahm das Reichsgesetz Stellung[2]), indem es in Art. VII bestimmte, daß solche schwache

[1]) Vergl. Abgeordnetenhaus-Protokoll ex 1861; S. 1350 flg.

[2]) Der ursprüngliche Regierungsentwurf besagte in Art. V, für die Erfüllung dieser Verpflichtungen (nämlich Mitwirkung für Zwecke der öffentlichen Verwaltung) können Gemeinden, welche denselben zu entsprechen die Mittel nicht besitzen, mit anderen Gemeinden zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung vereiniget werden.

Der Staatsminister bemerkte (Abg.-Prot. S. 286 ex 1861), daß diese Fassung deshalb gewählt wurde, „um den Bedenken über die Selbstständigkeit der Gemeinde und um jener Abneigung zu begegnen, die besteht, diese Selbstständigkeit dahin aufzugeben, daß zur Zeit bestehende Gemeinden vereinigt werden. Dadurch ist das Bedenken beseitigt, daß eine vollständige Vereinigung, besonders eine Vereinigung, was das Vermögen betrifft, in der Richtung hier beabsichtigt wird, wenn es sich darum handelt, mehrere Gemeinden zur gemeinschaftlichen Mitwirkung für Staatszwecke zu benützen. Die Vereinigung soll in der Richtung geschehen, daß eine gemeinschaftliche Geschäftsführung erzielt wird".

Diese Rede des Staatsministers über die Bedenken und die Abneigung gegen eine gänzliche Vereinigung der Gemeinden wird erklärlich durch die Bestimmung des §. 4 des Gemeindegesetzes ex 1849 und die daraufhin erfolgte und vielfach beklagte gewaltsame Zusammenlegung von kleineren Gemeinden zu größeren. Trotzdem brachte der Ausschuß des Abgeordnetenhauses einen viel weitergehenden Antrag ein (Art. VII): „Für den Fall, als einzelne Gemeinden für sich allein die Mittel zur Besorgung der öffentlichen Verwaltung (Art. V Abs. 2—12 und Art. VI) nicht besitzen, können über ihr Einvernehmen auch mehrere in Eine vereinigt werden."

Gemeinden nur dann, wenn sie die Mittel zur Erfüllung der ihnen aus dem übertragenen Wirkungskreise erwachsenden Pflichten nicht besitzen, vereinigt werden können und auch dann nur zum Zwecke der gemeinschaftlichen Geschäftsführung. Die Schwäche bezüglich des selbstständigen Wirkungskreises hingegen sollte keinen Zwang auch nur für diese loseste Vereinigungsform bilden.

Daraus geht a majore hervor, daß für jede innigere Vereinigungsform der Zwang noch viel weniger anwendbar erschien, und so erklärt es sich, warum mit Ausnahme der Vereinigung zu gemeinsamer Geschäftsführung alle übrigen Vereinigungsformen in den ursprünglichen Landesgesetzen nur als freiwillige vorkommen.

2. Die zweite Schranke, welche sich aus der getheilten Gesetzgebungscompetenz für die Landesgesetze auf dem hier besprochenen Gebiete ergab, bestand darin, daß die letzteren gehindert waren, „Sammtgemeinden" zu schaffen. Dies erklärt sich folgendermaßen:

Die 1861 im Reichsrathe eingebrachte Regierungsvorlage „zur Regelung des Gemeindewesens" gebraucht promiscue die Ausdrücke

---

Der Ausschuß wollte, weitergehend als die Regierungsvorlage, die Zulässigkeit einer Zusammenlegung auch für den Fall gewahrt wissen, als die Gemeinde zu schwach sei, ihre eigenen Angelegenheiten zu besorgen (Abg.-Haus-Prot. S. 1152 und 1426 ex 1861).

Hiegegen wurde jedoch im Hause selbst geltend gemacht, daß es der Eigenberechtigung der Gemeinden widerspreche, wenn sie sich wider ihren Willen eine Vereinigung wegen Schwächen in der Verwaltung der eigenen Angelegenheiten gefallen lassen müßten, und es wurde die Regierungsvorlage, welche bloß eine Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung im Auge hatte, wieder aufgenommen. Das Herrenhaus fügte noch die Beschränkung bei, daß diese Vereinigung wegen mangelnder Fähigkeit zur Erfüllung des übertragenen Wirkungskreises nur zu dauern habe: „für so lange als dies der Fall ist," um eine spätere Trennung zu ermöglichen (H.-Haus-Prot. S. 312 ex 1861).

„Gemeinde" und „Ortsgemeinde", und schließt sich hiedurch jener Nomenclatur an, welche bereits im Gemeindegesetze vom Jahre 1849 gebraucht wurde.

Dort ist im 1. Hauptstücke von der „Ortsgemeinde" die Rede im Gegensatze zur Bezirksgemeinde und Kreisgemeinde (im 2. und 3. Hauptstück), und es wird im §. 1 dieses Gesetzes unter Ortsgemeinde die als selbstständiges Ganze vermessene Katastralgemeinde oder eine Vereinigung von solchen verstanden.

Somit drückte die Bestimmung „Ortsgemeinde" im Gesetze vom Jahre 1849 einen zweifachen Gegensatz aus; einmal bezeichnete es die untere autonome Verbindung im Gegensatze zu Gemeinden höherer Ordnung (Bezirk und Kreis) und weiters war sie als jener Verwaltungskörper, welchem die Aufgaben des natürlichen und übertragenen Wirkungskreises zugefallen waren, unterschieden von der zunächst bloß territorialen zu Steuerbemessungszwecken geschaffenen Einheit der Katastralgemeinde.

Obgleich mit der Katastralgemeinde in der Regel räumlich zusammenfallend, war sie begrifflich von ihr unterschieden, indem nur ihr, der Ortsgemeinde, jene politischen und administrativen Functionen zukommen, die das Gesetz der „Gemeinde" zuerkannte.

In diesem doppelten Gegensatze war also der Begriff „Ortsgemeinde" bereits vorhanden, als er in die Regierungsvorlage zum „Reichsgemeindegesetze" aufgenommen wurde (Art. I), und indem dort die Worte Gemeinde und Ortsgemeinde identificirt werden, beabsichtigte der Regierungsentwurf ein Gemeindegesetz, d. h. ein Gesetz über die sogenannten Orts- oder politischen Gemeinden zu schaffen, in welchem von den unteren Verbänden ähnlicher Art gar nicht die Rede war, während die Gemeinde höherer Ordnung (Bezirk, Kreis, Land), wo von ihnen die Rede ist, ausdrücklich als solche im Gegensatz zu „Gemeinde" schlechthin bezeichnet werden.

Von ganz anderen Intentionen ging jedoch der Ausschuß des Abgeordnetenhauses aus. Er eliminirte grundsätzlich den Ausdruck „Ortsgemeinde“ und setzte dafür den generellen Ausdruck „Gemeinde“ in der ausgesprochenen Absicht, damit das Gesetz „bloß im Allgemeinen die Grundrechte, welche dem Gemeindewesen als solchem zur freien autonomen Gestaltung überhaupt und ohne Unterscheidung einer besonderen Gattung der Gemeinde (Orts-, Katastral-, Pfarr- oder Kirchspielgemeinde oder eine Vereinigung mehrerer in eine Sammtgemeinde)“ zukommen sollen[1]), enthalte.

Demnach sollte das Gemeindegesetz nicht mehr bloß von den politischen Gemeinden und den höheren Gemeinden (Bezirk, Kreis, Land) handeln, sondern eine ganze Reihe gemeindeähnlicher Gebilde umfassen, von welcher die politische Gemeinde nur eine Abart wäre. Wenn daher in den Artikeln V und VI des Ausschußentwurfes der Wirkungskreis der Gemeinden umschrieben wurde, so geschah dies nunmehr in der Intention, daß die Landesgesetzgebung seinerzeit zu bestimmen habe, was von diesem Gemeinde-Wirkungskreise auf die einzelnen Gemeinde-Kategorien entfallen solle. Dieser Intention entsprach auch eine neue vom Ausschuß in die Regierungsvorlage eingefügte Bestimmung (Art. XIX), wonach das Landesgesetz festzusetzen hatte, „welche Gattungen von Gemeinden unterer Ordnung bestehen oder durch Vereinigung gebildet werden sollen, und wie der im Art. V und VI bezeichnete Wirkungskreis unter dieselben vertheilt werden soll“.

Demgegenüber erhoben sich die Anhänger der Gemeindefreiheit im Abgeordnetenhause; sie fürchteten, daß, wenn es von dem Belieben der Landtage abhänge, den Wirkungskreis der Art. V und VI auf verschiedene Gebilde aufzutheilen und das Schwergewicht der autonomen

[1]) Seite 3 des Ausschußberichtes vom 14. Aug. 1861.

Verwaltung von der eigentlichen politischen Gemeinde auf minder kräftige Gemeindeformen zu verlegen, die Gemeindefreiheit durch diese Zersplitterung gefährdet werde[1]); es gelang ihnen, das Wort „Ortsgemeinde" in die betreffenden Artikel neuerdings einzuführen und damit dem Gedanken wiederum Ausdruck zu geben, daß die Gemeinde, von welcher dieses Gesetz spricht (insofern nicht ausdrücklich die höhere Gemeinde, Kreis, Bezirk genannt ist), die politische oder Ortsgemeinde ist. Und wenn demnach in den Art. V und VI von dem Wirkungskreis der Gemeinde die Rede ist, so ist damit gemeint, daß dieser gesammte Wirkungskreis ungetheilt jener politischen (Orts-) Gemeinde zukomme, von welcher eben das ganze Reichsgesetz handelt. Der Art. XIX des Ausschusses aber, der Untergemeinden zuließ, wurde gänzlich eliminirt.

Damit hat das Reichsgesetz den Typus der Ortsgemeinde in einer für die Landesgesetzgebung unabänderlichen Weise festgesetzt.

Indem zunächst die Gefahr abgewendet werden wollte, daß die Landesgesetze die Ortsgemeinden durch Entziehung gewisser Befugnisse und Auftheilung der letzteren auf Gebilde minderer Art schwächen, wurde der Wirkungskreis der Ortsgemeinde genau festgesetzt; damit verband sich aber nothwendig eine zweite Consequenz, daß nämlich auch eine Vereinigung von Ortsgemeinden zu einer größeren Sammtgemeinde ausgeschlossen wurde. Denn auch dieses hätte nur dadurch geschehen können, daß die Ortsgemeinden den Sammtgemeinden Theile ihrer Befugnisse abgegeben hätten, und erstere wären dadurch selbst zu Untergemeinden degradirt worden.

3. Aber noch ein drittes viel bedeutsameres Moment ergibt sich aus der zwischen Reich und Land getheilten Gesetzgebungs-Competenz:

---

[1]) Vergl. die Reden Edlbachers und Herbst, S. 1344, 1530 u. flg. des Abgeordnetenhaus-Protokolles vom Jahre 1861.

Die Regelung des gesammten Privatrechtes steht nicht der Landesgesetzgebung zu, sondern dem Reiche. Die Regelung privatrechtlicher Verhältnisse war durch Reichsgesetz erfolgt; weder das Februarpatent noch auch das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, R.-G.-B. Nr. 141[1]), welches die sogenannte allgemeine Competenz der Landtage einführte (§. 12 dieses Gesetzes), gab diesen die Macht, eine vom a. b. G.-B. abweichende Rechtsordnung zu schaffen.

Nun haben wir gesehen, daß die einfachste und selbstverständlichste Form, in der eine gänzliche Vereinigung von Gemeinden sich hätte vollziehen können, die einer Universalsuccession gewesen wäre. Das bürgerliche Recht kennt die Universalsuccession für solche Zwecke nicht. Die Reichsgesetzgebung hätte diese Rechtswirkung an eine gänzliche Vereinigung knüpfen können, dachte aber — wie leicht begreiflich — anläßlich der Behandlung des Gemeindewesens nicht entfernt daran, zugleich eine Aenderung des a. b. G.-B. vorzunehmen.

Als nun die Landesgesetzgebung in Action trat, um auf Grund des Reichsgemeindegesetzes Landesgemeindeordnungen zu schaffen, war es hiefür zu spät. Insoferne daher eine gänzliche Vereinigung zu ihrer Durchführung einer Universalsuccession zwischen den untergehenden und der an ihre Stelle tretenden neuen Gemeinde bedarf — oder allgemeiner gesprochen, insoferne für dieses Ziel eine vom bürgerlichen Rechte abweichende Rechtsordnung von nöthen ist, war die Landesgesetzgebung machtlos, dieses Ziel zu erreichen. Welchen Einfluß diese Beschränkungen hatten, wird der nächste Abschnitt zeigen.

---

[1]) §. 11 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dec. 1867, R.-G.-B. Nr. 141 .... „Es gehören zum Wirkungskreise des Reichsrathes ..... die Civilgesetzgebung."

Viertes Capitel.

Die gänzliche Vereinigung.

A. Voraussetzungen derselben.

§. 1. Haben wir uns in den beiden vorausgegangenen Abschnitten damit beschäftigt, zuerst die bei rein logischer Betrachtung sich als möglich ergebenden Formen der Vereinigung von Gemeinden festzustellen und hierauf nachzuweisen, durch welche Momente die Benützung mancher dieser Formen für die Landesgesetzgebung von vornherein ausgeschlossen war, so werden wir nun unsere Aufmerksamkeit den lege lata wirklich geschaffenen Vereinigungsformen zuwenden. Während vorhin von der losesten Vereinigung ausgegangen wurde, um von da aus die successive intensiver werdenden Vereinigungsformen zu beobachten, scheint es jetzt praktischer, den entgegengesetzten Weg einzuschlagen, und jene Vereinigungsform vorauszuschicken, welche als die weitgehendste Aenderung des Gemeindewesens das meiste juristische Interesse in Anspruch nimmt, zumal die hier gewonnenen Rechtssätze sich bei den minderen Vereinigungsformen analog werden anwenden lassen.

Als die Vereinigung *κατ' ἐξοχήν* wurde diejenige bezeichnet, in welcher die Gemeinden gänzlich in die neue Vereinigungsgemeinde aufgehen. Das Reichsgemeindegesetz erwähnt diese Form gar nicht, und wir haben aus der wechselseitigen Stellung von Reichs- und

Landesgesetz den Schluß gezogen — nicht daß diese Form durch das Stillschweigen des Reichsgesetzes gänzlich unmöglich gemacht sei, sondern daß das Landesgesetz die Gemeinde dazu nicht zwingen könne, daß also, wenn diese Form in dem Landesgesetze erscheint, sie nur als eine freiwillige vorkommen könne.

Damit ist die wichtigste Voraussetzung gegeben, unter der eine solche Vereinigung sich vollziehen kann: es muß der Wille der Gemeinde selbst sein, der diese Vereinigung hervorbringt. Diesem Gedankengange entspricht auch wirklich §. 2 der Landesgemeindeordnungen, welcher ziemlich übereinstimmend in allen Kronländern lautet:

„Zwei oder mehrere Ortsgemeinden desselben politischen Bezirkes können sich, wenn die politische Landesstelle (Statthalterei) aus öffentlichen Rücksichten dagegen keine Einwendungen erhebt, mit Bewilligung der Bezirksvertretung (Landesausschuß) nach vorausgegangenem Uebereinkommen über den Besitz und Genuß ihres Eigenthums, ihrer Anstalten und Fonde in Eine Ortsgemeinde vereinigen, so daß sie als eigene Ortsgemeinden zu bestehen aufhören.

Eine solche Vereinigung von Gemeinden darf wider deren Willen nicht stattfinden."

Also: Gemeinden können sich vereinigen — nicht sie werden vereint; die eigentlich handelnden Personen sind die Gemeinden selbst; ihr Wille ist die causa efficiens der Neuschaffung, wie die Ursache ihres Unterganges.[1])

Die Stellung der übrigen bei diesem Acte in Betracht kommenden

---

[1]) Ueber einen ähnlichen Vorgang vergl. Rosin (Souveränität, Staat ꝛc. §. 21 a), welcher die Entstehung des Bundesstaates mit den Worten charakterisirt: „ein Willensact einer sich vereinigenden Personenmehrheit, welche, indem sie ihren Gemeinwillen als Einheit setzt, in dieser Einheit eine neue . . . Persönlichkeit ins Leben ruft."

Personen ist im Gesetze in einer mit dieser Anschauung durchaus harmonirenden Weise geregelt.

Vor allem ist die Intervention des Staates als eine rein negative gedacht; er hat das Recht „Einwendungen" zu erheben und zwar nur solche Einwendungen, die er mit öffentlichen Rücksichten motiviren kann. Seine Stellung als Hüter dieser öffentlichen Rücksichten ist dadurch hinreichend begrenzt. Wenn es auch als conditio sine qua non für das Zustandekommen einer Vereinigung gelten muß, daß der Staat keine aus öffentlichen Rücksichten begründete Einwendung erhebe, so ist er doch niemals die causa efficiens der Vereinigung selbst.[1]) Dies wird praktisch, wenn gegen die von der Staatsverwaltung erhobene Einwendung beim Verwaltungsgerichtshofe eine Beschwerde erhoben wird, z. B. mit der Motivirung, daß die in der staatlichen Einwendung angeführten Rücksichten nicht öffentlicher, sondern privater Art sind. Bedürfte es einer positiven Mitwirkung des Staates, so würde ein Verwaltungsgerichtshoferkenntnis, welches die staatliche Entscheidung als ungesetzlich cassirt, lediglich zur Folge haben, daß nun die Staatsbehörde neuerlich vorzugehen hätte, die Vereinigung selbst würde noch nicht perfect sein. Ganz anders liegt der Fall hier, wo der Staat lediglich ein Vetorecht hat; ist das staatliche Veto als ungesetzlich cassirt, so steht der Perfection der Vereinigung nichts mehr im Wege.[2])

---

[1]) Hiedurch unterscheidet sich die Stellung der österr. Gemeinde dem Staate gegenüber, von jener Stellung, welche die französischen Gemeinden einnehmen. Sie werden durch die Staatsgewalt (Präfect oder Staatsrath) zusammengeschmolzen, vergrößert oder verkleinert nach einem öffentlich rechtlichen Verfahren, in welchem sie lediglich als Protestparteien Gehör finden. (Vergl. Otto Mayer, Theorie des französischen Staatsrechtes 1886, S. 447 flg.)

[2]) Es verhält sich hier ähnlich wie mit dem Einredungsrechte, das der Staat gegen Vereinsbildungen (§. 6 des Vereinsgesetzes vom 15. Nov. 1867)

Demnach erscheint der Staat nicht als mitthätiger Factor bei der Vereinigung, sondern als Polizei, die ein gemeinschädliches Unternehmen hindern kann. Daß es sich in §. 2 keineswegs um eine ganz singuläre Bestimmung handelt, sondern daß hier nur die im Gesetze herrschenden Grundauffassungen von der Selbstständigkeit österreichischer Gemeinden zum Ausdrucke gelangt, zeigt die analoge Bestimmung des §. 4 Gemeindeordnung, welche von Gränzänderungen handelt: „Zu Aenderungen in den Gränzen einer Ortsgemeinde . . . ist nebst der Erklärung der politischen Landesstelle, daß dagegen aus öffentlichen Rücksichten kein Anstand obwaltet, die Bewilligung der Bezirksvertretung (Landesausschuß) erforderlich." Auch hier also derselbe Gedankengang: Der Staat ist auf ein Einspruchsrecht beschränkt; eine höhere Gemeinde ertheilt — und zwar keineswegs als Mandatar des Staates — die

---

hat. Auch hier ist der Staat nicht als die causa efficiens der Entstehung des Vereines aufzufassen, wenngleich die Unterlassung der staatlichen Untersagung eine conditio des Entstehens des Vereines ist. Daß im Vereinsgesetze für die Untersagung der Staatsbehörden eine gesetzliche Frist gesetzt ist, im Gemeindegesetze hingegen nicht, kann keine wesentliche Verschiedenheit in der Stellung herbeiführen, die der Staat in beiden Fällen einnimmt. Insbesondere darf man daraus, daß für die Einwendungen nach §. 2 der Gemeindeordnung keine bestimmte Frist gesetzt ist, nicht folgern, daß der Staat gleichsam ein „ewiges" Einredungsrecht habe, und es hieße der mala fides Thür und Thor öffnen, wollte man zugeben, daß der Staat, indem er es unterläßt, seine Einwendungen bekannt zu geben, die Vereinigung in infinitum hinausschieben und so sein Einwendungsrecht in ein Bewilligungsrecht umwandeln könnte. Aus diesen Erwägungen erscheint auch die im Texte aufgestellte Behauptung begründet, daß durch eine einmal erhobene Einwendung, die dann vom Verwaltungsgerichte als ungesetzlich cassirt wurde, das staatliche Einwendungsrecht überhaupt consumirt sei und die Vereinigung sogleich zu Rechte bestehe.

Bewilligung.[1]) Die Gränzänderungen werden ebenso wie die Vereinigung von den Gemeinden selbst vorgenommen.[2])

---

[1]) Allerdings es wird in §. 2 auch eine höhere „Bewilligung" verlangt, jedoch nicht jene des Staates, sondern jene einer höheren Gemeinde (des Bezirkes oder, wo keine Bezirksvertretungen existiren, des Landes); daß diese höheren Gemeinden hier als Organe des Staates fungiren würden, wird bei der eigenthümlichen Stellung, die dem Staate in §. 2, wie gezeigt, eingeräumt wurde, niemand behaupten können, ohne dem Gesetze Gewalt anzuthun; er müßte behaupten, daß der Staat, wo er direct genannt wird, auf ein Einwendungsrecht beschränkt sei, während ihm durch ein Hinterthürchen — nämlich in der Form eines einem mittelbaren Staatsorgane eingeräumten Bewilligungsrechtes — doch wieder ein größeres als das direct zugestandene Recht gewährt worden wäre. Da überdies die Gemeinden höherer Ordnung keinen ihnen vom Staate übertragenen Wirkungskreis haben, sondern auf diejenige Thätigkeit beschränkt sind, welche man bei den Ortsgemeinden als den selbstständigen Wirkungskreis bezeichnet, so wird die Frage, ob sie überhaupt als Staatsorgane anzusehen seien, ebenso zu beantworten sein, wie die Frage, ob die Ortsgemeinden hinsichtlich des selbstständigen Wirkungskreises Staatsorgane seien. Hievon ausführlicher in Cap. 6 dieser Abhandlung.

[2]) Von den mehrfachen Judicaten des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Gränzänderungen (Erk. vom 1. April 1886 Z. 946 Budw. 2991, vom 11. März 1887 Z. 738 Budw. 3433, vom 19. Jänner 1888 Z. 217 Budw. 3886, vom 1. Mai 1890 Z. 1409 Budw. 5286 und vom 18. Februar 1885 Z. 140 Budw. 2414) kommt für die vorliegende Frage nur das letzterwähnte in Betracht. In demselben handelt es sich um die Beschwerde der Gemeinde R. gegen die vom Landesausschusse wider Willen der betreffenden Gemeinde verfügte Aenderung der Gemeindegränzen durch Abtrennung einiger Parcellen und Zuweisung derselben an eine andere Gemeinde W. Der Verwaltungsgerichtshof erklärte den Landesausschuß zu dieser Verfügung für befugt, „weil in §. 4 G.-O. ein Uebereinkommen zwischen den Gemeinden zu einer Gränzänderung nicht als nothwendig bezeichnet, sondern nur die Bewilligung des Landesausschusses — die offenbar von jeder der betheiligten Gemeinden

§. 2. Hiedurch glauben wir ein wichtiges Moment für die Erkenntnis des Wesens der österreichischen Gemeinden dargelegt zu haben.

---

nachgesucht werden kann — gefordert wird." Nun scheint mir gerade das Gegentheil von dem gewiß zu sein, was der Verwaltungsgerichtshof als offenbar hinstellt, nämlich, daß die Bewilligung nicht einfach von einer der betheiligten Gemeinden, sondern daß sie von beiden zugleich einzuholen ist; für eine „Bewilligung", die von meinem Proceßgegner nachgesucht werden kann, bedanke ich mich. Gerade darin, daß der Landesausschuß Gränzänderungen zwischen zwei Gemeinden „bewilligen" kann, liegt „offenbar" der Gedanke ausgedrückt, daß diese und zwar übereinstimmend darum ansuchen müssen und daß die „Bewilligung" des Landesausschusses nur dann ertheilt werden kann, wenn beide Gemeinden sie begehren. Denn darin liegt der Charakter der „Bewilligung", daß eine in bestimmter Richtung mangelnde Handlungsfähigkeit durch das Hinzutreten eines dritten — höheren — Willens supplirt wird, wie solches auch bei wichtigen Vermögensacten der Gemeinden (Verkauf, Tausch des Stammcapitals ꝛc.) durchgängig normirt ist. Ebenso wie zwei Gemeinden, die Theile ihres Stammvermögens austauschen wollen, hiezu die Bewilligung des Landesausschusses bedürfen, ohne daß selbstverständlich die auf Grund des Ansuchens einer Gemeinde ertheilte Bewilligung des Landesausschusses den mangelnden Vertragswillen der anderen Gemeinde ersetzen würde, so auch hier.

In beiden Fällen handelt es sich keineswegs um eine Judicatur des Landesausschusses, sondern wie das Wort „Bewilligung" andeutet, um eine Supplirung eines zwar vorhandenen aber nicht hinlänglich rechtswirksamen Willens. In dem einzigen Landesgesetze (dem Salzburgischen), welches in §. 4 außer von der Gränzänderung auch von den Gränzstreitigkeiten handelt, ist diese Unterscheidung auch im Gesetzestexte zum Ausdruck gelangt, indem gesagt wird, daß der Landesausschuß im ersteren Falle mit „dem Einverständnisse der betreffenden Gemeinden" *bewilligt*, während er im letzteren Falle „nach Einvernehmen der betreffenden Gemeinden" *entscheidet*.

Der Verwaltungsgerichtshof motivirt seine vorerwähnte Sentenz weiters damit, daß er sagt: „Daß aber dem Landesausschusse eine solche Machtvollkommenheit, die Aenderung von Gemeindegränzen auch gegen den Willen

Die österreichischen Gemeinden haben die Fähigkeit, durch ihren eigenen Willen zur Selbstauflösung zu schreiten und somit ihren Untergang herbeizuführen und kraft dieses ihres Willens die Entstehung gleichartiger Körper des öffentlichen Rechtes hervorzurufen.

Allerdings gerathen wir mit dieser Behauptung in Widerspruch mit einer Lehre, welche gerade in der Unfähigkeit der Gemeinden, solche Rechtsfolgen hervorzurufen, den grundlegenden Unterschied zwischen Staat und Gemeinde erkennen will.

In dem Werke: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften[1]) gelangt Preuß, nachdem er alle bisherigen Versuche einer begrifflichen Scheidung zwischen Staat und Gemeinde dogmengeschichtlich beleuchtet, und die Unhaltbarkeit derselben nachgewiesen hat, zur Aufstellung einer neuen Abgränzung dieser beiden Begriffe.

Staaten, sagt er, sind Gebietskörperschaften mit Gebietshoheit,

---

einer der beiden betheiligten Gemeinden zu verfügen, eingeräumt ist, rechtfertigt sich nach der Stellung des Landesausschusses, welcher nicht eine Regierungsbehörde, sondern eine autonome durch Wahl bestellte Körperschaft ist, zu deren verfassungsmäßigen Aufgaben es gehört, zwischen einander widerstreitenden Interessen der unteren autonomen Verbände zu erkennen." Wenn aus diesem Satze auch gerne der Gedanke, daß die Staatsgewalt derartige Aenderungen bestimmt nicht vornehmen dürfe, acceptirt wird, so scheint doch die eigentliche Behauptung, daß der Landesausschuß deshalb, weil er eine „autonome, durch Wahl bestellte Körperschaft" ist, über Gemeindegebiet verfügen können, nicht begründet. Im Gesetze selbst aber findet diese Behauptung keinen Rückhalt und in ihrer weiteren Consequenz würde sie zu einer Aufhebung aller Selbstständigkeit der Gemeinden führen, und die Beispiele, in denen der Verwaltungsgerichtshof selbst einen dieser Auffassung entgegengesetzten Standpunkt bezüglich der Frage des Verhältnisses von Land und Gemeinde annimmt, sind so zahlreich, daß eine Anführung derselben überflüssig erscheint.

[1]) Berlin, Springer 1889.

Gemeinden solche ohne Gebietshoheit.[1]) Unter Gebietshoheit versteht er die rechtliche Fähigkeit einer Gebietskörperschaft, sich selbst wesentlich zu verändern beziehungsweise aufzulösen.[2])

Da nun aber jede Gebietsänderung nach Preuß eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst ist[3]), so erblickt er folgerichtig den wesentlichen Unterschied zwischen Staat und Gemeinde darin, daß ersterer sein Gebiet selbst ändern könne, die Gemeinde dies jedoch nicht vermag.[4])

So wäre denn endlich das „vielgesuchte Gränzzeichen" zwischen Gemeinde und Staat aufgerichtet, und die Grundlage gewonnen, auf welcher eine constructive Methode weiter bauen kann!

Wenn es uns nun gelungen ist, nachzuweisen, daß die österreichischen Gemeinden die Fähigkeit besitzen, „ihr Gebiet selbst zu ändern und sich selbst aufzulösen", somit jene wesentlichen Aenderungen an sich vorzunehmen, welche Preuß als das eigentliche Kriterium des Staates erklärt, so ist seine Theorie vor die mißliche Alternative gestellt, entweder einzugestehen, daß abermals in der Aufstellung von Gränzzeichen zwischen Staat und Gemeinde tabula rasa gemacht wurde, oder anzunehmen, daß die österreichische Gemeinde, welche in ihrer freiheitlichen Einrichtung gerade den Anhängern der von Preuß lebhaft verfochtenen Genossenschaftstheorie als ein besonders rühmenswerther Typus einer richtigen Gemeinde erscheint[5]), daß diese österreichische Gemeinde dem Begriffe „Gemeinde" nicht entspricht.[6])

---

[1]) Ebenda XII. Cap.

[2]) Ebenda S. 406.

[3]) Ebenda S. 398.

[4]) Ebenda S. 406 flg.

[5]) Vergl. Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht. S. 712.

[6]) Zu gleicher Verwerfung der Theorie Preuß' gelangt neuestens Jellinek, System d. subj. öff. Rechte S. 74.

Hiebei glauben wir, dieſen Beweis dann erbracht zu haben, wenn es uns gelungen iſt, an der Hand poſitiv geſetzlicher Normen die Fähigkeit der Gemeinden nachzuweiſen, ſolche Aenderungen vorzunehmen. Dem Einwurfe, daß das Geſetz auch ein Anderes hätte beſtimmen können, begegnen wir alſo im vorhinein mit der Bemerkung, daß es uns nur um die Erkenntnis der wirklichen ex lege beſtehenden Gemeinde zu thun iſt, daß wir eine blos in der Theorie conſtruirte Inſtitution dieſer Art nicht kennen, und daß wir es als unſere alleinige Aufgabe anſehen, aus der Erkenntnis der realen wirklich exiſtirenden Gemeinden im langſamen Forſchungswege deren Weſen zu erkennen.

Mit anderen Worten, wenn wir andere Geſetze über das Gemeindeweſen hätten, dann hätten wir eben auch andere Gemeinden, vielleicht Gebilde, die mit unſeren Gemeinden nicht weſensgleich wären: „Verwaltungsbezirke“ oder nach Lage der Dinge „Staaten“. Und andererſeits hätten wir mit anderen Geſetzen vielleicht andere Staaten, die jenen Gebilden, die wir heute mit jenem Namen bezeichnen, nicht weſensgleich ſind, wie denn auch Preuß in längerer Auseinanderſetzung beweiſt, daß jener plenipotente, alle anderen organiſchen Gebilde erſtickende Staat der abſoluten Souveränitätszeit durchaus nicht weſensgleich ſei mit unſerem heutigen Staatskörper. (Ebenda Cap. V.)

Wenn demnach unſer Geſetz Gemeinden kennt, die ſich ſelbſt weſentlich und noch dazu — wie wir ſpäter nachweiſen werden — im eigenen Wirkungskreiſe ändern können, dann kann in der Gebietshoheit (im Sinne Preuß) das unterſcheidende Merkmal zwiſchen Staat und Gemeinde nicht gefunden werden.

Allerdings muß zugegeben werden, daß es nach öſterreichiſchem Recht Fälle gibt, in denen der Staat Aenderungen der Exiſtenz oder des Gebietes der Gemeinde hindert oder ſelbſt vornimmt, ſogar zu ihrer Auflöſung ſchreitet.

Sogleich der erste Paragraph der Gemeindeordnungen bestimmt, daß die dermaligen Ortsgemeinden fortzubestehen haben, so lange nicht im gesetzmäßigen Wege eine Aenderung eintritt, und damit ist die gesetzliche Pflicht der bestehenden Gemeinden zur Fortexistenz statuirt, und denselben für die Regel der Fälle die Möglichkeit benommen, sich selbst aufzulösen — was ganz mit der Preuß'schen Auffassung übereinstimmt.[1])

Aber nicht das ist beweisend, daß es Fälle gibt, in denen die Gemeinden nicht in der Lage sind, über ihr Gebiet und ihre Existenz zu bestimmen, sondern umgekehrt der Umstand, daß es überhaupt Fälle gibt, in denen sie es thun können; wie denn auch Preuß nachweist[2]) daß die Staaten nicht in allen Fällen Gebietsänderungen vornehmen können, ohne daß sie durch diese Einschränkung den Charakter des Staates, die Gebietshoheit verlieren würden.

Daß die Selbstauflösung nicht zu jedem beliebigen Zwecke, sondern nur zu dem der Vereinigung zu einer neuen Gemeinde möglich ist, ändert nichts an der Sachlage, daß sie überhaupt zulässig ist.

---

[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthält §. 3, indem er die Trennung einer Gemeinde, d. i. deren Auflösung unter gleichzeitiger Entstehung neuer Gemeinden nur im Wege des Gesetzes zuläßt. Hievon jedoch weiter unten in Cap. 12.

[2]) Ebenda S. 411.

Fünftes Capitel.

B. Stellung der Staatsgewalt bei der gänzlichen Vereinigung.

§. 1. Haben wir vorhin den Beweis angetreten, daß die Gemeinden zu Gebietsänderungen, ja zum Aufgeben ihrer Existenz, wenn auch nur zu ganz bestimmten Zwecken, berechtigt sind, so hatte diese Beweisführung doch den Mangel, daß ein wichtiger Punkt nur angedeutet, nicht durchgeführt wurde, die Frage nämlich, ob die Thätigkeit der Gemeinden bei solcher Selbstauflösung und Gränzänderung nicht etwa doch ein mittelbarer Act staatlicher Thätigkeit sei, in welch' letzterem Falle allerdings der Beweis als hinfällig zu betrachten wäre.

Mit anderen Worten, es ließe sich gegen die obigen Ausführungen die Einwendung erheben, daß wenn auch äußerlich die Gemeinden als die selbstthätigen und handelnden Personen auftreten, es in letzter Linie doch wiederum der Staat sei, welcher in den Gemeinden zur localen Erscheinung gelangt, und durch sie handle. Da dies den Kernpunkt des Streites über die Stellung und begriffliche Erkenntnis der Gemeinde bildet, so sei es gestattet, hier etwas weiter auszuholen.

Wer von vornherein von der Anschauung ausgeht, daß die Gemeinde nichts anderes sei, als ein localisirter Theil des Staatsganzen, wird die obige Frage ebenso rückhaltslos bejahen, als derjenige, welcher in der Gemeinde ein seinem innersten Wesen vom Staate unabhängiges

Weſen erblickt, ſie vereinen muß. Aber das ſind ja eben die Schlußfragen, welche die Erkenntnis des Gemeinderechtes erſt beantworten ſoll, und ſolange der feſte Boden noch nicht gefunden iſt, von dem aus die Verhältniſſe von Staat und Gemeinde zu beurtheilen ſind, wollen wir verſuchen, dieſen Fragen aus dem Geſetze ſelbſt näher zu kommen. Hiebei wird die Methode eine ſymptomatiſche ſein, die aus gegebenen Andeutungen im Geſetze deſſen Geiſt zu erfaſſen ſucht.

Da ſcheint nun vor allem ein innerer Widerſpruch darin zu liegen, daß wenn der Staat in der hier einzig erkennbaren Form ſeines Willens, in dem Geſetze, ſich expressis verbis darauf beſchränkt, der Hüter beſtimmter öffentlicher Intereſſen zu ſein, er dann doch wieder im Hintergrunde als der eigentlich beſtimmende Willensfactor auftreten wollte.[1])

Wer dieſen Widerſpruch erkennt und doch dem Staatswillen einen ſolchen zumuthet, muß bei dem Geſetzgeber eine gewiſſe male fides ſupponiren, indem dieſer nach außen Selbſtſtändigkeit und Freiheit verkündet und im Stillen die Gewalt ſich reſervirt.

Da nun ein ſolcher Widerſpruch eines inneren gegenüber dem äußerlich durch Geſetz erklärten Willen des Staates, auch wenn er vorhanden wäre, rechtlich belanglos iſt, ſo genügt für unſere Zwecke der Beweis, 1) daß das Geſetz Willensacte der Gemeinde anerkennt, welche nicht ſtaatlicher Natur ſind, 2) daß die hier in Frage kommenden Willensacte wirklich dieſer nichtſtaatlichen Kategorie angehören.

[1]) Wenn ein draſtiſcher Vergleich geſtattet iſt, ſo erſcheint eine derartige Staatseinrichtung nicht anders als ein Puppentheater, bei welchem der Arrangeur ſcheinbar vor den Augen des Publicums die Figuren ſelbſt handeln läßt, thatſächlich aber hinter den Couliſſen die Drähte hält, an denen jene geführt werden.

Der erste Theil dieser Beweisführung ergibt sich aus den Intentionen der Gemeindeordnung und ihrem Wortlaute, wie sofort zu zeigen ist[1]) — über den zweiten Theil wird erst im folgenden Capitel gehandelt werden.

---

[1]) Wer sich zur Beantwortung dieser Frage nicht mit der positiven Willenserklärung des Gesetzes begnügt, der muß, falls eine solche vorliegt, naturgemäß den Zweifel an der Fähigkeit des Staates aufwerfen, solche Bestimmungen zu erlassen. Diese Auffassung findet ihre Vertreter gerade bei jenen Staatsrechtslehrern, welche von der Idee des allmächtigen, plenipotenten Staates erfüllt sind, kraft welchen die Ein- und Unterordnung aller räumlich im Staate befindlichen Gemeinwesen, so aufzufassen ist, daß eine Selbstständigkeit derselben nicht existirt noch gewährt werden kann. Nach dieser Auffassung ist es also nicht der in concreto mangelnde Wille des Staates, sondern dessen Unfähigkeit zu wollen, die dem Gesetze selbst eine Schranke ziehen und dessen Ausspruch wirkungslos machen soll.

Nun soll die historische Existenz eines solchen plenipotenten Souveränitäts-Staates nicht geleugnet werden; aber in dem Begriffe einer solchen Staatsidee liegt nothwendig die Fähigkeit seiner Selbstbeschränkung; das hat schon Hänel (Studien zum deutschen Staatsrecht 1873 I. S. 148) in der Lehre von der Competenz-Competenz in überzeugender Weise nachgewiesen. Geirrt hat er nur insofern, als er trotz der erfolgten Selbstbeschränkung an den Fortbestand einer (der Idee nach unbeschränkten) Souveränität glaubt, da ja, wie Gerber (Grundzüge des deutschen Staatsrechtes 1880 S. 22) und Seydel (Der Bundesstaatsbegriff 1872, Zeitschr. f. d. g. St.-W. S. 190) zeigen, eine beschränkte Souveränität überhaupt keine mehr ist. In radicalster Weise hat diesen Gedanken Preuß weitergeführt, indem er den Souveränitätsbegriff überhaupt aus dem Staatsrecht eliminirt (Gemeinde, Staat, Reich S. 135 u. 195). Aber das Eine hat auch er nicht beachtet, daß, wenn er die Souveränität als einen historischen Begriff zugibt, eine Erklärung dafür gefunden werden müsse, wieso es kommt, daß diesem Zustande ein anderer überhaupt folgen konnte. Und dieser Grund ist kein anderer als die Selbstbeschränkung: „dem Souveränitätsstaat gegenüber," sagt er im

§. 2. Welche Intentionen der Gesetzgeber bei der Schaffung der Gemeindeordnung hatte, läßt sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes mit ziemlicher Deutlichkeit entnehmen. Hier ist vor allem jene Rede bemerkenswerth, mit welcher der Staatsminister (Schmerling) am 14. Juni 1861 den Entwurf des Reichsgemeindegesetzes dem Abgeordnetenhause vorlegte und welche die Stelle eines Motivenberichtes vertritt.[1]) Der Minister acceptirt den Grundgedanken des Gemeindegesetzes vom Jahre 1849: „Die Grundlage des freien Staates ist die freie Gemeinde; durch Art. IV des Entwurfes sei die autonome Gemeinde erst zu dem geworden, was sie sein soll, indem sie in die Lage gesetzt wird, über ihre eigenen Verhältnisse frei und nur beschränkt durch die allgemeinen Bestimmungen der Gesetze zu verfügen."

Das der Regierung zugedachte Ueberwachungsrecht wird damit motivirt, daß in dem Maaße, als die Regierung entschlossen sei, die Autonomie der Gemeinden möglichst intact hinzustellen, sie auch von

---

V. Capitel der citirten Abhandlung, „sind alle anderen völlig machtlos". „Wieso soll", fragt er weiter, „aus diesem Zustande der Rechtslosigkeit von innen heraus ein ‚Rechtsverhältnis' entstehen?" Anstatt aber für den nun doch einmal vorhandenen Uebergang eine Erklärung zu versuchen, behauptet er einfach (S. 159, 196), daß „die Eliminirung des Souveränitätsbegriffes die Voraussetzung jeder Construction des Staates sei". Dabei geräth er insoferne mit sich selbst in Widerspruch, als er (S. 101 flg.) den Souveränitätsstaat historisch anerkennt. Eine historische Thatsache aber als begrifflich unmöglich hinstellen zu wollen, das geht doch nicht an.

Ist einmal die begriffliche Möglichkeit gegeben, daß der Staat im Wege der Selbsteinschränkung Gebiete als gar nicht seiner Macht unterliegend anerkenne, dann ist es lediglich eine Frage der Willensinterpretation, ob er diesen möglichen zu einem factischen Zustand gemacht habe, und damit gelangen wir zu der im Text versuchten Beweisführung.

[1]) Seite 284 flg. der Abgeordnetenhaus-Protokolle.

dem allgemeinen Rechte, Corporationen zu überwachen, Gebrauch machen müſſe.

Schließlich gibt der Miniſter dem Gedanken Ausdruck, daß logiſcher Weiſe zuerſt die Gemeinde, dann das Land, dann der Staat hätte aufgebaut werden müſſen; der Dringlichkeit halber ſei zuerſt der Staat organiſirt worden.

Wenn wir dieſe Worte eines Praktikers in eine wiſſenſchaftliche Formel überſetzen, ſo bedeuten ſie nichts anderes als die Lehre von den ſchichtenweis übereinander aufgebauten Gewalten — ein Anklang an die Gierke'ſche Corporationslehre.

Wenn auch zeitlich die Einrichtung einer neuen Verfaſſung des Staates zuerſt eine geſetzgeberiſche Behandlung erfuhr, ſo war doch eine gänzliche Neuordnung aller ſtaatlichen Verhältniſſe gewollt, kraft welcher nicht mehr der Staat als jenes allmächtige Gebilde erſcheint, der Theile ſeiner Macht anderen Factoren überträgt, ſondern umgekehrt ſollte die breite Baſis der ſelbſtſtändigen Gemeindekörper das primäre ſein, die Grundlage, auf welcher der Staat ruht.

§. 3. Daß dieſe von der Regierung ausgehende Auffaſſung von den beiden geſetzgebenden Körperſchaften getheilt wurde, zeigen die Gemeindegeſetz-Debatten in beiden Häuſern, aus denen folgende Stellen der Protokolle hervorgehoben werden mögen.

Der Ausſchußbericht des Abgeordnetenhauſes vom 9. September 1861 (S. 1152) ſagt: „Von der Regierungsvorlage wurde alles beibehalten, was geeignet iſt, die freie Gemeinde zu ſchaffen. Dagegen jene Punkte, in welchen die Autonomie nicht genügend gewahrt, oder ſogar gefährdet erſcheint, glaubte der Ausſchuß im Sinne voller Freiheit und Selbſtſtändigkeit abzuändern und zu ergänzen."

Und weiter: „Der Ausſchuß hielt bei Beurtheilung der vorliegenden Regierungsvorlage als leitenden Grundgedanken feſt, daß,

ſowie nur jenes Individuum frei iſt, das innerhalb ſeiner individuellen Sphäre ſeinen Lebensgang nach der von ihm ſelbſt erkannten und beſtimmten Lebensregel ordnen darf, auch nur jene Gemeinde eine wahrhaft freie, autonome iſt, welche ihr ſelbſteigenes Leben durch eigene Kraft führt und Unvollkommenheiten in ihrem Leben durch eigene Kraft überwindet, ohne durch eine bevormundende Hand in ihren Schritten gegängelt zu werden.

„Demzufolge muß alles, was die Intereſſen der Gemeinde und ihrer Mitglieder als ſolche unmittelbar berührt und innerhalb ihrer Grenzen durch ihre eigenen Kräfte gewahrt und beſorgt werden kann, der Gemeinde im vollen Umfange als ein ihr zum ſelbſteigenen Leben naturgemäß gehörigen Wirkungskreis zugewieſen, demnach ihr ſowohl das Recht der freien Selbſtverwaltung als der Selbſtgeſetzgebung in ihren Angelegenheiten (Autonomie) eingeräumt werden, wohin folgerichtig alle dahin gehörigen Functionen, welche im Laufe der Zeit und insbeſondere in dem letzten Decennium in Folge der immer mehr um ſich greifenden ſtaatlichen Bevormundung und Allregierung an Staatsorgane übergegangen ſind, wieder an die Gemeinde zurückgegeben werden müſſen, und zwar nicht etwa bloß im Delegationswege, ſondern als ſelbſtſtändige, der Gemeinde ihrer weſentlichen Natur nach gehörige Rechte und Attribute".

In ähnlichem Sinne lauten die Worte des Herrenhaus-Referenten (Haaſe, Herrenhaus-Protokoll S. 336). „Es geht durch die neue Ordnung der Dinge unleugbar ein gemeinſchaftlicher Zug und dieſer Hauptzug, das iſt die volle Anerkennung der Rechte einer freien menſchlichen Perſönlichkeit. Auf dieſem Grunde beruhen die Rechte des Glaubens und der Glaubensfreiheit .... das Recht der freien Meinungsäußerung .... die volle Anerkennung der Rechte der freien Perſön-

lichkeit. Wer ist es nun, der diese Rechte von dem Gesetze verlangt? Es ist die Gemeinde." —

Wenn also die Regierung anerkennt, daß durch die Einrichtung einer freien Gemeinde das ganze Staatsgebäude von „Grund aus umgeändert" wird, wenn der Bericht des Abgeordnetenausschusses hinzufügt, daß die Functionen der Gemeinde nicht etwa im Delegationswege, sondern als selbstständige, der Gemeinde ihrer wesentlichen Natur nach gehörige Rechte und Attribute anzusehen seien, und wenn schließlich der Herrenhaus-Referent die Erklärung gibt, daß es sich um die volle Anerkennung der Rechte einer freien Persönlichkeit handle und in diesem Sinne wirklich das Gesetz durchberathen wird — so ist der Schluß wohl gestattet, daß diejenigen Bestimmungen des also zu Stande gekommenen Gesetzes, welche der Gemeinde einen selbstständigen, vom Staate unabhängigen Wirkungskreis vindiciren, als ernstgemeint angesehen werden müssen.

§. 4. Nach dieser Charakteristik der Intention des Gesetzgebers fragt es sich, ob der Wortlaut des Gesetzes solchen Intentionen auch entspricht.

Art. IV der Reichsgemeindeordnung theilt den Wirkungskreis der Gemeinden in einen selbstständigen und einen übertragenen ein, und Art. VI nennt bloß den übertragenen eine Mitwirkung für die Zwecke der öffentlichen[1]) Verwaltung, woraus a contrario folgt, daß der selbstständige Wirkungskreis nicht als eine derartige Mitwirkung aufgefaßt war, daß also dasjenige, was als selbstständiger Wirkungskreis bezeichnet wird, nicht als ein Theil der öffentlichen (staatlichen) Verwaltung gelten soll, sondern als das Gegentheil desselben — als ein Theil einer anderweitigen Verwaltung.

---

[1]) „Oeffentlich" hier im Gesetze identificirt mit „staatlich".

Im deutlichen Gegensatze zu der im Art. VI gebrauchten Ausdrucksweise von der „Mitwirkung zu den Zwecken der öffentlichen Verwaltung" spricht Art. V von dem selbstständigen Wirkungskreise als demjenigen, in welchem die Gemeinde selbstständig anordnen und verfügen kann, und nennt als Gebiet dieses Wirkungskreises „das Gemeindeinteresse".

So wie im Art. VI „die Zwecke der öffentlichen Verwaltung" im Gegensatze zu „Zwecken einer anderweitigen Verwaltung" gemeint sind, so ist im Art. V das „Gemeindeinteresse" in bewußten Gegensatz zu einem anderweitigen Interesse, „dem Staatsinteresse", gebracht.

Auch der Annahme hat das Gesetz vorgebeugt, daß es sich etwa beim übertragenen Wirkungskreise um delegirte Behördenaufgaben, beim selbstständigen Wirkungskreise um delegirte Staatsaufgaben handle, indem Art. XVIII des citirten Gesetzes ausdrücklich von „den vom Staate den Gemeinden übertragenen Angelegenheiten" im Gegensatze zu den selbstständigen Angelegenheiten spricht.

Wir finden somit im österreichischen Gemeindegesetze zwei ganz verschiedene Gedanken verkörpert. Als der Staat an eine Neuordnung der Gemeindeverhältnisse herantrat, konnte er sich sagen: Bezüglich gewisser Agenden, die ich als meine Aufgaben erkenne, sehe ich, daß andere Factoren geeigneter wären, dieselben durchzuführen: darum betraue ich diese fremden Factoren mit der Durchführung meiner Aufgaben, anstatt dieselben in eigener Regie zu besorgen. — Es stand ihm aber auch die Wahl frei, weiter zu gehen und auszusprechen: Obwohl ich die Möglichkeit hätte, meine Thätigkeit auf alle mögliche Gebiete zu erstrecken, will ich dies nicht thun, sondern zugeben, daß auf bestimmten Gebieten ein Anderer selbstthätig sei.

Der Unterschied dieser beiden Fälle ist klar; im ersteren Falle sind und bleiben die Aufgaben Staatsgeschäfte, im zweiten nicht.

Daß jeder dieſer Gedanken im öſterreichiſchen Gemeindegeſetze Ausdruck gefunden und daß insbeſondere nicht nur Geſchäfte des Staates den Gemeinden übertragen, ſondern — gleichgiltig, wie früher die Auffaſſung bezüglich derſelben war — nunmehr gewiſſe Gemeindegeſchäfte als nicht ſtaatlicher Natur anzuſehen ſeien, war der Zweck der vorausgegangenen Beweisführung.

Sechstes Capitel.

C. Fortsetzung. (Selbstständiger und übertragener Wirkungskreis.)

§. 1. Wenn nun aus dem Gesagten hervorgeht, daß es im österreichischen Gemeindegesetze thatsächlich eine ganz klare Unterscheidung zwischen den staatlichen Aufgaben der Gemeinde und einem eigenen Wirkungskreise gibt, welcher nicht staatlicher Natur ist, so ist damit für die uns vorliegende Frage lediglich die Erkenntnis gewonnen, daß, im Falle Selbstauflösung und Gebietsänderungen der Gemeinde zu dem einen im Gesetze als „selbstständig" bezeichneten Wirkungskreise gehören, diese nicht als delegirte Staatsacte anzusehen sind. Noch aber haben wir nicht nachgewiesen, daß die fraglichen Angelegenheiten wirklich zum selbstständigen Wirkungskreise gehören, und müssen, da das Gesetz eine bestimmte Antwort hierauf nicht gibt, ein Kriterium für die principielle Frage, welche Angelegenheiten zu dem einen, welche zu dem anderen dieser Kreise gehören, umso genauer suchen, als die herrschende Praxis, insbesondere jene des Verwaltungs-Gerichtshofes, unseren Ansichten vielfach zuwiderläuft.

§. 2. Art. IV des Reichsgemeindegesetzes vom 5. März 1862 und, in Uebereinstimmung damit, die betreffenden Paragraphen der Landesgemeindeordnungen besagen: „Der Wirkungskreis der Gemeinde ist ein doppelter: a) ein selbstständiger und b) ein übertragener." Nun ist aber der Ausdruck „selbstständiger Wirkungskreis", so sehr er uns geläufig geworden ist, sprachlich nicht genau; man kann wohl sprechen von einem selbstständigen Menschen, von einem Individuum, das selbstständig wirkt, aber nur bildlich von einer selbstständigen Thätigkeit. Dem entsprechend ist denn auch im Art. IV nicht gemeint, daß der Wirkungskreis das Selbst-

ständige, das unabhängig Dastehende sei, sondern gemeint ist, die Gemeinde sei selbstständig in Ausübung des Wirkungskreises.

Gerade umgekehrt verhält sich die Sache bei dem Ausdrucke „übertragener Wirkungskreis der Gemeinde"; hier ist natürlich nicht gemeint, daß die Gemeinde übertragen sei, sondern hier ist in Wahrheit der Wirkungskreis übertragen.

Es werden also im Gesetze einander gegenübergestellt: 1) ein Wirkungskreis, in welchem die Gemeinde selbstständig handelt, und 2) ein Wirkungskreis, welcher der Gemeinde übertragen wurde.

Im ersten Falle ist von einer Eigenschaft der Gemeinde, im zweiten Falle von einer Eigenschaft des Wirkungskreises die Rede. Man hat eben nicht beachtet, daß die beiden Prädicate „selbstständig" und „übertragen", die dem zusammengesetzten Worte „Wirkungskreis" beigegeben wurden, verschiedenen Worttheilen zukommen. Um die Probe anzustellen, löse man einfach das Wort „Wirkungskreis" in seine beiden Bestandtheile auf und dem „Kreise des selbstständigen Wirkens" ist gegenübergestellt der „übertragene Kreis des Wirkens".

Obwohl sprachlich nicht correct und mit einem logischen Fehler behaftet, ist dennoch die Eintheilung des Art. IV von größter Bedeutung. Wenn das Gesetz, anstatt eine Norm zu geben, Eintheilungen oder Definitionen von Begriffen versucht, so macht man dem Gesetzgeber den Vorwurf, daß derartige Aufstellungen nicht in das Gesetz, sondern in ein Lehrbuch gehören. Wir erkennen jedoch, daß Art. IV, obwohl er seinem Wortlaut nach nur eine Eintheilung gibt, dennoch eine Norm enthält. Thatsächlich bringt der Gesetzgeber durch die bloße Gegenüberstellung der Prädicate „selbstständig" und „übertragen" bereits die Norm zum Ausdrucke, daß die Gemeinde nur in einem Theile ihres Wirkungskreises selbstständig vorgehen könne, nämlich auf jenem Gebiete, welches ihr nicht erst vom Staate übertragen wurde. Und weiters ist damit an-

gedeutet, daß auf dem ihr übertragenen Kreise die Thätigkeit der Gemeinde nicht selbstständig sei.

Dies ist die Bedeutung des Art. IV, der in gedrängter und sprachlich ungenauer Fassung nicht bloß eine Eintheilung gibt, sondern auch die damit verbundene Rechtswirkung normirt.

§. 3. Allein, indem das Gesetz die Rechtsfolge normirt, welche für das selbstständige oder unselbstständige Vorgehen der Gemeinde sich aus dem Umstande ergibt, daß ein Gegenstand vom Staate nicht übertragen wurde, oder aber eine Uebertragung vorausging, hat es noch keineswegs ein Kriterium zur Erkennung dieser Unterschiede selbst gegeben. Wie verfehlt es wäre, von der rechtlichen Wirkung, von der Fähigkeit oder Unfähigkeit der Gemeinde ein Geschäft selbstständig zu behandeln oder nicht, darauf zurückzuschließen, daß dasselbe dem einen oder anderen Wirkungskreise zugehöre, ergibt sich, abgesehen von der allgemeinen logischen Erwägung, daß man von der Wirkung nicht auf eine bestimmte Ursache zurückschließen dürfe, daraus, daß in Art. IV nur ein ganz allgemeines Princip ausgesprochen ist, und es daher ganz gut möglich ist, daß der Gesetzgeber davon Ausnahmen macht, und in einzelnen fremden Angelegenheiten dennoch der Gemeinde ein gewisses Selbstbestimmungsrecht einräumt, wie dies jener Paragraph im IV. Hauptstücke der Landesgemeindeordnungen, der vom übertragenen Wirkungskreise handelt, auch wirklich thut[1]); umgekehrt ist der Fall viel häufiger, daß eigene Angelegenheiten der Gemeinde durch Gesetze soweit normirt sind, daß der Gemeinde fast gar kein „Selbstbestimmungsrecht" übrig bleibt, sondern sie einfach als Vollzieherin des Gesetzes

[1]) Vergl. §. 61 der Gemeindeordnung für Böhmen: „Wird die Art der Ausführung (scil. der Geschäfte des übertragenen Wirkungskreises) ganz oder theilweise der Gemeinde überlassen . . ."

erſcheint, ohne daß durch die geänderte Art der Behandlung der Charakter des Wirkungskreiſes als eines eigenen der Gemeinde geändert wäre. Ja eine völlig ſelbſtſtändige, durch Geſetze gar nicht beſchränkte Verwaltungsthätigkeit iſt im Rechtsſtaate überhaupt nicht denkbar, und daher der Unterſchied zwiſchen „Selbſtſtändigkeit“ und „Unſelbſtſtändigkeit“ ſtets nur ein relativer.[1])

Wir müſſen uns daher nach einem anderen Kriterium umſehen, und dieſes finden wir auf einigen Umwegen im Geſetze ſelbſt, welches in Art. V den ſelbſtſtändigen, in Art. VI den übertragenen Wirkungskreis zu umſchreiben verſucht. Zwar die Beſtimmung des Art. VI, „den übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden, das iſt die Verpflichtung derſelben für den Zweck der öffentlichen Verwaltung, beſtimmen die .... Geſetze“, führt in den ſeltenſten Fällen zu einem Reſultat, indem die wenigſten jener Geſetze, in denen von der Thätigkeit der Gemeinde die Rede iſt, auf dieſe Unterſcheidung Bezug nehmen; die älteren Geſetze faſt gar nicht; die Gemeindeordnung ſelbſt — wie in der vorliegenden Frage — zumeiſt auch nicht, und von den nachfolgenden Landesgeſetzen nur jene, die wie das Armengeſetz, die Bauordnung und die Feuerpolizeiordnung, im engſten Zuſammenhange mit der Gemeindeordnung geſchaffen wurden.

Der Art. V jedoch, welcher lautet: „Der ſelbſtſtändige, das iſt derjenige Wirkungskreis, in welchem die Gemeinde mit Beobachtung der beſtehenden Reichs- und Landesgeſetze nach freier Selbſtbeſtimmung anordnen und verfügen kann, umfaßt überhaupt alles, was das Intereſſe

---

[1]) Vergl. auch Roſin, Souveränität ꝛc. (S. 31) gegen L. v. Stein.

Ueber den hiſtoriſchen Zuſammenhang von „Selbſtverwaltung“ und „ſelbſtändiger Verwaltung“ vergl. Neukamp im Archiv f. öff. Recht IV B. S. 405 flg. Neukamp will auf der Idee des ſelbſtändigen Vorgehens den Begriff der Selbſtverwaltung aufbauen.

der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Gränzen durch ihre eigenen Kräfte besorgt und durchgeführt werden kann", hat gerade die früher gerügte Verwechslung in sich aufgenommen, indem er als selbstständiger Wirkungskreis dasjenige bezeichnet, „in welchen die Gemeinde . . . anordnen kann", also zur Definition der Sache die Art ihrer Behandlung heranzieht, das Bedingende durch das Bedingte, die rechtliche Voraussetzung durch die gesetzliche Folge zu erklären versucht. Die wirkliche Definition liegt in dem Nachsatz: „Alles, was . . . . berührt und . . . . durchgeführt werden kann." Grammatikalisch richtiger müßte daher Art. V lauten: „Selbstständig, d. h. nach freier Selbstbestimmung . . . . kann die Gemeinde anordnen und verfügen im ureignen Wirkungskreise, welcher Alles umfaßt, was . . . . durchgeführt werden kann."

§. 4. Will man also wissen, ob ein zweifelhafter Gegenstand zum selbstständigen oder übertragenen Wirkungskreise gehört, so ist zunächst nicht die Frage seiner Behandlung, sondern umgekehrt die Frage zu erwägen, „ob er das Interesse . . . zunächst berührt und . . . . durchgeführt werden kann."

Von diesem Gesichtspunkte aus werden wir demnach die Selbstauflösung von Gemeinden, Gränzänderungen, ꝛc. ꝛc. als nächste Gemeindeinteressen, deren vollständige Besorgung durch örtliche Kräfte und in den örtlichen Gebieten der betheiligten Gemeinden möglich ist, auch dann zum selbstständigen Wirkungskreise der Gemeinde rechnen, wenn durch positiv gesetzliche Anordnungen, deren Beobachtung ja der Gemeinde in Art. V zur Pflicht gemacht wurde, die selbstständige Behandlung auch noch so sehr eingeschränkt ist. Dies an sich einfache Resultat hervorzukehren und logisch zu begründen, erschien um so nothwendiger, als die Praxis unserer Behörden und in letzter Linie auch jene des Verwaltungsgerichtshofes, irregeführt durch den Wortlaut des

Gesetzes, bei Beurtheilung der Frage, ob ein zweifelhafter Gegenstand zu diesem oder jenem Wirkungskreise gehöre, von der Vorfrage ausgeht, ob die Angelegenheiten mehr oder minder selbstständig zu ordnen sind.

Ganz abgesehen davon, daß die Gränzscheidung bei dieser — wie gezeigt — im Rechtsstaate stets relativen Gränze eine sehr schwankende sein wird, hat diese Theorie die sehr bedenkliche Folge, daß bei der fortschreitenden gesetzlichen Regelung von bisher dem Ermessen der Gemeindeorgane überlassenen Verwaltungsgebieten der eigene Wirkungskreis der Gemeinde in einer von der Gemeindeordnung gewiß nicht intentionirten Weise eingeschränkt, und der Kreis der als „staatlich" gedachten Agenden vergrößert würde.

Eine sehr betrübende Consequenz dieser Auslegung wäre also, daß jedes neue, die Selbstständigkeit des Vorgehens einschränkende Verwaltungsgesetz zugleich eine Einengung des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde und eine Erweiterung des vom Staate übertragenen Wirkens bedeuten würde.[1])

---

[1]) Wenn es ein Gebiet gibt, „welches die Interessen der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Gränzen durch ihre eigenen Kräfte besorgt und durchgeführt werden kann", so sind es die Gemeindeausschußwahlen, die von Anfang bis zu Ende ohne jegliche Intervention der Staats- oder sonst einer Oberbehörde sich vollziehen können.

Trotzdem erklärt der Verwaltungsgerichtshof: „Diese Geschäfte lassen sich unter den Begriff des selbstständigen Wirkungskreises, *als desjenigen, in welchem die Gemeinde mit Beobachtung der Gesetze nach freier Selbstbestimmung anordnen und verfügen kann*, nicht normiren, weil in den durchaus durch bestimmte gesetzliche Normen geregelten Angelegenheiten des Wahlrechtes und des Wahlverfahrens *für die freie Selbstbestimmung der Gemeinde keinerlei Spielraum gegeben ist*" (Erk. vom 17. April 1885 Z. 1034 Budw. 2508). Gerade der damals dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegene Fall hätte zeigen sollen, daß auch innerhalb eng gezogener gesetzlicher

Es darf somit nach dem in Cap. IV—VI Gesagten als erwiesen angenommen werden, daß die gänzliche Vereinigung zweier Gemeinden nach österreichischem Rechte nur unter der Voraussetzung zu Stande kommt, daß diese Gemeinden den Vereinigungswillen selbst haben und den Vereinigungsact selbst vornehmen (Cap. IV), ferner, daß die dabei von ihnen ausgeübte Willensthätigkeit weder mittelbar noch unmittelbar ein Act der Staatsgewalt sei (Cap. V), vielmehr eine ausschließliche Willensthätigkeit der Gemeinde innerhalb des sog. selbstständigen, richtiger vom Staate nicht übertragenen Wirkungskreises sei (Cap. VI).

Schranken noch immer ein Spielraum der Selbstbestimmung gewahrt werden kann, und gerade darauf kommt es ja an, durch eine richtige Gränzscheidung der beiden Gebiete die richtigen Gesichtspunkte für die im Gesetze nicht specificirten Fälle zu schaffen. Die weitere Motivirung dieses Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnisses, daß in Beschwerdefällen der Wahlordnung der Instanzenzug an die politische Behörde geht, während in Gegenständen des selbstständigen Wirkungskreises der Recurs an die autonome Oberbehörde zu gehen hätte, beruht auf demselben logischen Fehler, der von der Wirkung auf eine ganz bestimmte Ursache schließen will, während doch singuläre Bestimmungen der Art, daß auch in selbstständigen Agenden die politischen Behörden zur Recurs-Entscheidung berufen sind, nichts Seltenes sind. (Vergl. Art. XII. Abs. 2 des R.-G.-Ges. und I. Hauptstück der Landg.-Ord. von der Ausweisung Auswärtiger §§. 10—12.)

In einem anderen Verwaltungsgerichtshof-Erkenntniß (vom 25. Mai 1888 Z. 1173 Budw. 4127) handelte es sich um die Frage, ob eine Verfügung des Bürgermeisters, welcher bei zeitlicher Verhinderung einzelner Gemeindeausschußmitglieder die bezüglichen Ersatzmänner nicht einberief, zum selbstständigen oder zum übertragenen Wirkungskreise gehöre. Gewiß lag auch hier ein Fall vor, „der das Interesse der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Gränzen durch ihre eigenen Kräfte besorgt und durchgeführt werden kann". Der Verwaltungsgerichtshof entschied jedoch, von dem umgekehrten Gesichtspunkte ausgehend, daß diese Angelegenheit, die durch positive Gesetzesbestimmung geregelt ist und keinen Raum für das freie Bestimmungsrecht der Gemeinde bietet, zum übertragenen Wirkungskreis gehöre!

Siebentes Capitel.

Der Vertragscharakter der gänzlichen Vereinigung.

§. 1. Wir haben nachgewiesen, daß die Vereinigung durch einen Willensact der sich vereinigenden Gemeinden entsteht. Es würde naheliegen, diese Vereinigung ohne weiters als Vertrag zu bezeichnen, wenn nicht eine neue Theorie aufgetaucht wäre, welche dem Vertrage den bisher unbestritten eingenommenen Boden zu verengen sucht.

Diese Theorie geht davon aus, daß der Vertrag ausschließlich die Fähigkeit habe, inter partes obligirend zu wirken und daher keine Möglichkeit biete, nach außen hin schöpferisch zu wirken und neue Rechtssubjecte zu erzeugen.

Schon Gierke[1]) hat darauf hingewiesen, daß ein neues Rechtssubject entstehe durch die schöpferische Kraft eines einheitlichen Willensactes. Indem die neue Theorie die Fähigkeit des einheitlichen Willensactes, ein neues Rechtssubject zu schaffen, anerkennt, steht sie auf dem Boden der Gierke'schen Creationstheorie. Allein schärfer als Gierke es thut, betont sie die Unfähigkeit des Vertrages, Rechtssubjecte zu erzeugen.

Um mich eines physikalischen Beispieles zu bedienen, sind nach dieser Theorie die im Vertrage wirkenden Kräfte latent geworden,

[1]) Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Cap. I.

gebunden durch ihre wechselseitigen Beziehungen und daher gleich der latenten Wärme unfähig nach außen zu wirken.

Da nun juristische Personen sehr häufig nicht durch den einheitlichen Willensact Eines Rechtssubjectes entstehen, sondern durch das Zusammenwirken Mehrerer, so bemüht sich diese neue Theorie, eine neue „Rechtsform" zu finden, um mit deren Hilfe die Entstehung von juristischen Personen zu erklären, ohne doch von Vertrag sprechen zu müssen.

Wir haben uns mit dieser neuen Theorie umsomehr auseinanderzusetzen, als ja, wie gezeigt wurde, bei der Vereinigung von Gemeinden zu einer neuen Gemeinde ein Fall vorliegt, wo das Zusammenwirken Mehrerer, um ein neues Rechtssubject zu erzeugen, in der denkbar intensivsten Weise auftritt, indem die also Zusammenwirkenden bei diesem Anlasse sich selbst aufopfern.

In der Abhandlung über die Gründung des norddeutschen Bundes (Festgabe der Leipziger Juristenfacultät 1888) unterscheidet Binding Vertrag und Vereinbarung, als Bindung zweier einander ergänzender Willen von verschiedenem Inhalte, gegenüber der Einigung, Verschmelzung von inhaltlich identischen Willen.[1]) Auf Vereinbarung — nicht auf Vertrag — lasse sich die Gründung des norddeutschen Bundes zurückführen. Vertrag bewirke (streng genommen keine Willenseinigung sondern) nur eine Willensbindung der Pascisrenten, er verpflichte entweder nur einen Contrahenten zur Thätigkeit oder aber beide . . . „Die Vereinbarung aber ist die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen. Sie ist das einzige Mittel zur Bildung eines Gemeinwillens."

---

[1]) Anmerk. Seite 69 ibidem u. flg.

Anschließend an Binding stellt auch Jellinek[1]) dem Vertrage die Vereinbarung gegenüber, und bezeichnet letztere als die mögliche Grundlage für eine Fusionirung von Gemeinden.[2])

„Vereinbarung ist die Erzeugung einer einheitlichen, rechtlich relevanten Willenserklärung aus mehreren individuellen Willensactionen, seien sie nun die selbstständiger Personen oder von Organen eines Gemeinwesens; Vertrag hingegen ist eine Verabredung mehrerer Personen über Vollziehen und Empfangen von Leistungen. Vereinbarung ist Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung gemeinsamer, Vertrag Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht congruirender Interessen. Die Vereinbarung tritt überall dort auf, wo mehrere Willen getrennt nicht die rechtliche Macht haben, einen bestimmten rechtlich relevanten Willensact hervorzurufen."

Daher sind nach Jellinek vom Vertrage auszuscheiden alle Rechtsacte, die entstehen durch das Zusammenwirken mehrerer staatlicher Organe, „deren keines für sich im gegebenen Falle mit definitiver staatlicher Willensmacht ausgerüstet ist", sowie alle Zustimmungen, Mitwirkungen und alles Handeln im Einvernehmen mit Anderen. Das Zustandekommen der Gesetze in parlamentarischen Staaten, die Collegialbeschlüsse bei Richtercollegien gehören hieher. Als weitere Kategorien erwähnt er die Abkommen der sich fusionirenden Gemeinden, die Vereinigung derselben zu Wegeverbänden ꝛc., endlich im Privatrechte die gemeinsamen Actionen der Theilnehmer einer offenen Handelsgesellschaft, jene der Miteigenthümer.[3])

---

[1]) System der subjectiven öffentlichen Rechte. S. 193 flg.

[2]) S. 195 ibid.

[3]) Jellinek, ibidem S. 194—197.

Fast gleichzeitig hat Kuntze[1]) in eingehender Weise denselben Rechtsbegriff als einen neuartigen dem Vertrage gegenübergestellt, um mit seiner Hilfe insbesondere die Entstehung von Actiengesellschaften und Bundesstaaten zu erklären. Auch nach Kuntze besteht das Wesen dieser neuen Rechtsform — von ihm Gesammtact genannt — darin, daß die einzelnen Willen nicht „von entgegengesetzten, sondern von entsprechend gleichartigen Ausgangspunkten" ausgehen.[2]) Der Gesammtact ist ein Rechtsgeschäft, an welchem mehrere sich betheiligen, ohne sich gegenseitig zu binden, aber um eine von Allen gewollte einheitliche Gesammtwirkung Dritten gegenüber hervorzubringen. Er ist eine rechtsgeschäftliche Betheiligung Mehrerer, welche nicht als Parteien sich gegenüberstehen, sondern zusammen Eine Partei bilden.[3])

Die drei Vertreter der neuen Lehre stimmen also im wesentlichen mit einander überein, und wenn sie sich unterscheiden, so liegt dies mehr in der schärferen Betonung eines oder des anderen der von allen anerkannten Merkmale der neuen Rechtsform.

Nach Binding kommt es vor allem darauf an, daß durch den Vertrag zwei einander ergänzende Willen von verschiedenem Inhalte gebunden werden, während bei der Vereinbarung inhaltlich identische Willen verschmolzen werden. Jellinek legt besonderes Gewicht darauf, daß nur der Vertrag auf ein Vollziehen und Empfangen von Leistungen gehe, der Zweck desselben die Befriedigung entgegengesetzter Interessen sei, während der Vereinbarung ein anderes Zweckmoment, die Befriedigung gemeinsamer Interessen, vorschwebt.

---

[1]) Der Gesammtact ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für O. Müller 1892.

[2]) Kuntze, ebenda S. 43.

[3]) Kuntze, ebenda S. 47.

Kuntze endlich, der sich ex kathedra mit der Frage beschäftigt, nimmt, wie schon der Name Gesammtact andeutet, seinen Ausgangspunkt von der Beobachtung, daß nicht wie beim Vertrage zwei, sondern eine beliebige Mehrzahl handelnder Personen die Rechtswirkung erzeugt. Daß diese Willen nicht von entgegengesetzten, sondern von gleichartigen Ausgangspunkten ausgehen, und daß sie sich gegenseitig nicht binden, um eine von Allen gewollte einheitliche Gesammtwirkung hervorzubringen, ist ihm die Hauptsache.

§. 2. Nun treffen bei dem Einigungsacte der Gemeinden alle jene Momente zusammen, welche soeben als charakteristisch für die neue vom Vertrage verschiedene Rechtsform aufgestellt wurden.

Selbst der Wortlaut des längst vor dem Auftauchen jener Theorie erschienenen österreichischen Gemeindegesetzes scheint derselben eher günstig als ungünstig.

Indem das Gesetz den Worten: „Gemeinden können sich vereinigen" den Zusatz beifügt: „nach vorausgegangenem Uebereinkommen über den Besitz ꝛc.", verweist es gerade das vertragsmäßige Element in ein früheres, der eigentlichen Vereinigung vorausgehendes Stadium.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes sind es demnach zwei gesonderte Acte, welche den Weg bezeichnen, der bis zur Entstehung der neuen Gemeinde zu durchlaufen ist.

Den zeitlich ersten Act bildet das Uebereinkommen über „Besitz und Genuß des Eigenthums ꝛc."; hier also stehen sich die Gemeinden als Parteien mit entgegengesetzten Parteiinteressen gegenüber.

Anders liegen die Verhältnisse beim zweiten Acte. Alle jene Fragen, bezüglich deren die beiden Gemeinden als Parteien mit entgegengesetzten Interessen auftraten, sind bereits durch das Uebereinkommen geschlichtet; der Interessenconflict hat aufgehört, und es bleibt nur mehr das identische Ziel, welchem beide Willen zustreben.

Hieraus ersehen wir zweierlei: erstens daß der eigentliche Vereinigungsact kein wechselseitiges sich Gewähren, Leisten der Parteien enthält — denn dieses ist ja bereits, soweit es überhaupt erforderlich war, durch jenes Uebereinkommen erschöpft — und zweitens daß dieser „vorausgegangene" Vertrag nicht selbst die Vereinigung, sondern nur eine vorbereitende Handlung bedeutet.

Wir können demnach wirklich mit Binding von „inhaltlich nicht mehr verschiedenen" Willen sprechen; gleich Jellinek's Ausführungen handelt es sich nun nicht mehr um ein Vollziehen und Empfangen von Leistungen, und der Zweck kann nicht mehr die Befriedigung entgegengesetzter, sondern nur mehr die Befriedigung gemeinsamer Interessen sein.

Und schließlich erscheint das Postulat Kuntze's, daß nicht bloß zwei, sondern eine Mehrzahl handelnder Personen eintreten können, ebenso erfüllt, als es klar ist, daß diese Mehrheit nun nicht mehr von entgegengesetzten, sondern von gleichartigen Ausgangspunkten ausgeht.

Wenn wir trotz alledem Bedenken tragen, den Einigungsact von dem Vertrage auszuscheiden und der neuen Rechtsform zuzuweisen, so liegt darin ein Angriff gegen die Fundamente dieser neuen Rechtsform selbst, und der Versuch, die letztere — wenn nicht umzustoßen — so doch auf eine neue geänderte Basis zu stellen.

§. 3. Die neue Lehre beruht auf der ganz richtigen Beobachtung, daß es Fälle gibt, in denen eine Mehrheit von Willen Rechtswirkung erzeugt, ohne daß es zulässig wäre, von einem Vertrage zu sprechen.

Wenn Krone und Parlament zu dem Zustandekommen eines Gesetzes zusammenwirken, so schließen sie ebenso wenig mit einander einen Vertrag, wie der Testator mit dem Notar bezüglich des Testa-

mentes, das er bei ihm errichtet, und die Condomini, die den gemeinsamen Sclaven manumittiren, wirken zwar nebeneinander und bewirken einen Rechtserfolg, die Freilassung, gemeinsam, aber untereinander schließen sie sicherlich keinen Vertrag ab.

Diese Beobachtung ist richtig; sie gemacht und klargestellt zu haben, ist ein unbestreitbares Verdienst jener Autoren. Ebenso ist nichts dagegen einzuwenden, daß man alle diese Fälle des Zusammenwirkens Mehrerer zu einem Rechtsgeschäfte, welches nicht Vertrag ist, unter eine neue gemeinsame Bezeichnung zusammenfasse.

Allein daraus folgt noch nicht, daß das Wesen dieser Fälle das gleiche sei und daß sich eine einheitliche Theorie für alle diese Fälle bilden lasse.

Warum durch das Zusammenwirken Mehrerer beim Vertrage eine Rechtswirkung erzeugt wird, und weiters warum dieses Zusammenwirken erforderlich ist für die gewollte Rechtswirkung, erklärt sich sehr einfach: es sind eben diejenigen, um deren Angelegenheit es sich handelt. Weil die Compasciscenten über ihre eigene Angelegenheit disponiren, hat ihre Disposition Wirkung, gerade so wie beim einseitigen Rechtsgeschäft die Rechtswirkung entsteht, weil der Einzelne will, dessen Angelegenheit in Frage kommt; und um Wirkungen zu erzielen, die Alle gemeinschaftlich treffen, müssen alle Betheiligten gemeinschaftlich disponiren; jeder greift mit seinem Willen hinüber in den Willenskreis des Andern, und um dies thun zu dürfen, bedarf es des Zusammenwirkens mit Jenem.

Betrachten wir demgegenüber jene Erscheinungen, welche unter die neue Rechtsform zusammengefaßt werden, so werden wir finden, daß hier ein einheitliches Princip, wie jenes ist, welches uns das Zustandekommen des einseitigen Rechtsgeschäftes oder des Vertrages erklärt, überhaupt fehlt; wir werden sehen, daß das einigende Band,

welches Kuntze um die neue Rechtsform schlingt, genau besehen nichts anderes ist, als die negative Charakterisirung, daß gegenüber dem Vertrage, als dem Zusammenwirken derjenigen, um deren Rechte es sich handelt, hier alle Fälle gesammelt wurden, bei welchen Rechtswirkungen aus den verschiedentlichen Willensacten einer Mehrheit entstehen. Daß aber mit dieser rein negativen Charakterisirung keine Erklärung dafür gegeben sei, warum hier der Wille Mehrerer erforderlich sei und warum er Rechtswirkung erzeuge, ist klar, und damit erscheint diese „Rechtsform" als einheitliches Ganze zerstört, und der Name „Vereinbarung" oder „Gesammtact" ist dann lediglich eine zusammenfassende Bezeichnung für alle Erscheinungen des rechtlich relevanten Wirkens Mehrerer, die nicht Verträge sind.

Zum Beweise der obigen Behauptung diene folgende Ausführung.

Es lassen sich nämlich die sämmtlichen von den citirten Autoren angeführten Beispiele des Gesammtactes — soferne nicht irrthümlich echte Verträge hierunter subsumirt wurden — in eine der drei folgenden Kategorien einreihen, die untereinander nicht zusammenhängen.

1. Unter die erste Kategorie gehören jene als Gesammtact oder Vereinbarung bezeichneten Fälle, wo Monarch und Parlament zusammenwirken müssen, um ein Gesetz hervorzurufen, wo Richter in einem Collegium abstimmen, um ein Urtheil zu fällen, wo Actionäre, Vereinsglieder in einer Versammlung mitwirken, ein mehrgliedriger Vorstand Beschlüsse faßt ꝛc. ꝛc., kurz alle jene zahlreichen bekannten Fälle, in denen Mehrere als Organ der Willensbildung eines Rechtssubjectes auftreten.

Hier sind die Wirkenden nicht diejenigen, um deren Rechte es sich handelt, quorum res agitur, sondern lediglich Organe eines Gemeinwillens.

Nicht deshalb wird ihr Zusammenwirken zur Erzielung der rechtlichen Wirkung gefordert, weil es sich um ihre Angelegenheiten handelt, sondern weil ihre Stellung als Organ eines Dritten es erfordert. Daher ist es zwar ganz richtig, diese Erscheinungen vom Vertrage abzuheben, allein indem man jetzt von „Gesammtact" spricht, ist lediglich einer bekannten Erscheinung — der organischen Willensbildung — eine neue Bezeichnung gegeben, wenn man sie mit Binding und Jellinek „Vereinbarung" nennt, noch dazu eine höchst unzutreffende. Denn das Wort „Gesammtact" läßt wenigstens das Verhältnis der Handelnden zu einander in einem wohlthätigen Dunkel, während das Wort „Vereinbarung" gerade dasjenige in ein falsches Licht stellt, worauf es ankommt, nämlich daß die Handelnden hier als selbstständige Interessenten gar nicht in Betracht kommen. Sie sind nur Werkzeuge zu fremder Willensbildung; sie verhalten sich zu einander wie Factoren, deren Product der ihnen Allen fremde Wille ist.

Auf das, was sie inhaltlich wollen, kommt es sogar in vielen Fällen gar nicht einmal an. Z. B. in einem Richtercollegium wirkt auch die dissentirende Minorität zum Zustandekommen des Urtheils mit, obwohl sie inhaltlich das Gegentheil von dem will, was als Wille des Collegs erscheint, und dennoch ist kein Zweifel, daß diese Minorität als Willensbildner mit auftritt; denn würde sie sich entfernen, so käme der Spruch nicht zu Stande. Kann man hier wirklich noch von „Vereinbarung" sprechen?

Wenn in einer Versammlung die pars sanior den Ausschlag gibt über die pars major, so zeigt sich gleichfalls recht deutlich, daß nichts anderes als die Organbestimmung der Zusammenwirkenden es ist, welche den Willen der Gemeinheit erzeugt.

2. Weiters werden von den genannten Autoren als „Gesammtact"

oder „Vereinbarung" jene Fälle bezeichnet, wo ein auctoritatem interponere des Vormundes, ein Consens des Curators, die Einholung eines consultativen Votums, die Mitwirkung eines Solemnitätszeugen, eines Notars als Voraussetzung der Willensbildung erfordert werden.[1])

Auch hier handelt es sich um eine längst bekannte Rechtsform, für welche das Wort „Gesammtact" oder „Vereinbarung" keine wie immer geartete Erklärung bietet. Mit den sub 1 genannten Fällen stehen die hieher gehörigen Erscheinungen in keinem anderen Zusammenhange, als daß sie gleichfalls keine Verträge sind, denn auch hier wird das Zusammenwirken der Mehreren nicht deshalb gefordert, weil es sich um ihrer Aller Angelegenheit handelt. Der Grund ihrer nothwendigen Mitberufung ist in beiden Fällen ein ganz verschiedener: im 1. Falle ist jeder Mitwirkende nur Organ einer fremden Willensmacht; im 2. Falle ist zwar ein selbstständiger Wille vorhanden, aber dieser allein hat für sich keine rechtserzeugende Fähigkeit, er bedarf accessorischer Erklärungen, um ergänzt und vollwirksam gemacht zu werden. Woher diese Schwäche des einen vorhandenen Willens rührt, und wieso es kommt, daß gerade die bestimmte Ergänzung sich als nothwendig erweist, ist Gegenstand abgesonderter Untersuchung jedes dieser Fälle; denn auch untereinander ist diese Gruppe nicht durch ein einheitliches Band zusammengehalten.

---

[1]) Einen hieher gehörigen Fall erwähnt auch Laband, Staatsrecht des d. Reiches, 2. Aufl. I. Bd. S. 117. Wenn ein Jus quaesitum eines Gliedstaates des deutschen Reiches durch Reichsgesetz aufgehoben werden soll, so „muß zwischen dem Reich und dem betreffenden Staat ein Consens erzielt werden". — „Was nicht zu verwechseln ist damit, daß formell ein Vertrag geschlossen werden müsse." — Laband berührt die rechtliche Natur dieses „nicht vertragsmäßigen Consenses" nicht näher.

3. Während in den sub 1 und 2 erwähnten Fällen gar kein perfecter Wille vorhanden war, sondern erst durch das Zusammenwirken mehrerer Organe einer juristischen Person deren Wille zu Tage tritt, oder ein unvollständiger Wille durch das Hinzutreten eines Dritten supplirt wird, gelangen wir nun zu der vom Standpunkte der Logik möglichen dritten Kategorie des Zusammenwirkens Mehrerer, indem zwei oder mehrere vollständige Willen gegeben sind.

Die markantesten Fälle dieser Art zeigt Kuntze (S. 33 flg. ꝛc.).

Wenn mehrere Miteigenthümer eines Grundstückes an diesem eine Servitut bestellen, indem jeder von ihnen den Bestellungsact mit dem betreffenden Nachbar vollzieht; wenn mehrere Condomini eines Sclaven (alle zusammen oder jeder für sich) diesem den Befehl ertheilen, die ihm angetragene Erbschaft anzutreten oder sie ihn manumittiren — dann liegt ein Rechtsgeschäft vor, welches nur zu Stande kommt durch die Mitwirkung mehrerer vollständiger Willen, und welches sich durch den Vertragsbegriff nicht erklären läßt.

Fragen wir uns zunächst, warum wird in diesen Fällen die Mitwirkung Mehrerer gefordert?

Jeder Eigenthümer vollzieht die Manumissio, die Einräumung der Servitut ꝛc. nur für seinen ideellen Theil; trotzdem ist seine Handlung eine ganz wirkungslose, so lange nicht alle Miteigenthümer die gleiche Handlung bezüglich ihres Theiles vollzogen haben. Der Grund liegt daran, weil die Freiheit ein untheilbares Gut ist, der Mann nur frei oder Sclave sein kann, die untheilbare Servitut eben untheilbar ist, der Sclave die Erbschaft nur antreten oder ausschlagen kann. Es wird daher der Wille des Einzelnen wohl respectirt, aber nur als Summand, erst wenn die geforderte Summe der zur Erreichung des Rechtsgeschäfts nothwendige Einzelwillen vorhanden ist, tritt die Rechtswirkung ein. Hier also liegt die Nothwendigkeit des

Mitwirkens der Mehreren keineswegs darin, daß der Eine gleichzeitig über die Sphäre des Anderen mitdisponirt, sondern in einem äußeren Hinderniſſe, welches den Willen jedes Einzelnen, ausſchließlich in ſeiner Sphäre disponirenden, nicht als vollwirkſam erſcheinen läßt.

Wir erſehen nun, warum kein Vertragsverhältnis zwiſchen den Eigenthümern obwaltet: Jeder disponirt ausſchließlich in ſeiner Sphäre; er greift nicht hinüber in die Angelegenheit des Andern; folglich disponiren ſie nicht über ein beiden gemeinſchaftliches Intereſſe.

Aehnliche Verhältniſſe walten in allen hieher gehörigen Fällen ob.

Beim ſchweizeriſchen Referendum zu einer Verfaſſungsreviſion bedarf es einer beſtimmten Stimmenzahl[1]); um eine außerordentliche Generalverſammlung zu erzwingen, müſſen mehrere Actionäre es wollen; der Bürgermeiſter muß über Antrag einer beſtimmten Zahl von Gemeindeausſchüſſen eine Sitzung einberufen[2]); über Antrag einer Mehrheit von Betheiligten, welche die Zahl 100 erreicht, kann nach deutſchem R.-G. v. 15. Juni 1883 die Gemeinde zur Errichtung einer Ortskrankenkaſſe verpflichtet werden.[3])

In all dieſen Fällen hat der Wille des Einzelnen eine beſtimmte Bedeutung; er kommt für die Hervorrufung des rechtlichen Effectes in Betracht als Summand; erſt wenn dieſe Summanden auf dem Wege der reinen Addition eine beſtimmte Höhe erreicht haben, tritt der Rechtserfolg ein; es bedarf alſo wohl der Einzelne des

---

[1]) Vergl. Hilty, Das Referendum im ſchweizeriſchen Staatsrecht. Archiv f. öff. R. 1887, S. 168 ff.

[2]) IV. Hauptſtück 2. Abſchn. der öſterr. Gem.-Ordnungen.

[3]) Gierke, Genoſſenſchaftstheorie 1887 S. 27, erwähnt dieſen Fall unter jenen, wo die „Mitwirkung der Betheiligten" für die ſtaatliche Errichtung von Körperſchaften in Betracht kommt, ohne jedoch dieſe „Mitwirkung" als eine beſondere Rechtsform aufzufaſſen.

Hinzutretens des Anderen, aber daß er darum in eine irgendwie geartete Verbindung zu Jenem trete, läßt sich nicht behaupten.

Aus dem Gesagten ergibt sich vor Allem, daß unter die neue „Rechtsform" drei ganz disparate Erscheinungen zusammengeworfen wurden; die organische Willensbildung, die accessorische Willensergänzung und endlich eine dritte Erscheinung, wo selbstständige Willen einander gegenüberstehen.

Alle drei haben untereinander nichts Anderes gemein, als daß sie keine Verträge sind, und da es sich in den beiden ersten Fällen um bekannte Erscheinungen handelt, bei denen eine Verwechslung mit dem Vertragsbegriffe ohnedies ausgeschlossen erscheint, so sind diese von der neuen Form, soll letztere mehr sein als eine bloße Nomenclatur, von vornherein auszuschließen.

Das Verdienst der neuen Theorie besteht demnach nicht in der Hervorkehrung der sub 1 und 2 erwähnten Fälle, sondern darin, daß sie auf den Unterschied der letzten sub 3 besprochenen Kategorie von den Verträgen aufmerksam machte, und es sollte daher der Ausdruck (Vereinbarung oder besser) Gesammtact nur auf diese letztere Unterscheidung angewendet werden.

§. 4. Es fragt sich nun, ob in dem also verengten Begriffe des Gesammtactes der Einigungsact der Gemeinden eingereiht werden kann.

Daß er nicht unter die beiden ausgeschiedenen Fälle gehört, ist ohnedies auf den ersten Blick klar.

Vor Allem liegt nicht der Fall 1 vor, weil die sich einigenden Gemeinden nicht als Organe eines Dritten auftreten; denn jener Dritte — die neue Gemeinde — als dessen Organe sie etwa aufgefaßt werden könnten, existirt noch gar nicht.

Auch unter den sub 2 erwähnten Fall läßt sich der Einigungsact nicht subsumiren, weil hier jeder der Einigungswillen gleichberechtigt dem anderen gegenübersteht, keiner bloß adminiculirend hinzutritt.

Bleibt also nur der Fall 3, wonach eine Mehrheit einander gleichwerthiger Willen eine Rechtswirkung erzeugt. Um nun zu zeigen, daß die Vereinigung auch nicht unter jene dritte Form des Gesammtactes falle, wollen wir alle jene Begriffsmomente aufführen, durch welche die citirten Autoren Vertrag und Gesammtact von einander unterscheiden, und wir werden dabei zu dem zweifachen Resultate kommen, erstens daß ein Theil jener Unterscheidungsmerkmale nicht zutrifft, zweitens daß die wirklich zutreffenden Merkmale der Vereinigung den Platz in der Reihe der Verträge und nicht in jenen der Gesammtacte anweisen.

Binding nennt den Vertrag die Bindung zweier einander ergänzender Willen von verschiedenem Inhalte, die Vereinbarung eine Einigung von inhaltlich identischen Willen. Diese Unterscheidung ist, soweit sie den Willensinhalt betrifft, unrichtig nach beiden Richtungen: Wie will man sich erklären, daß beim Vertrage verschiedener Willensinhalt vorliege, und doch Willenseinigung eintrete? Richtig ist, daß die Motive, die dem Vertragsabschlusse vorausgehen, möglicher Weise divergiren, der Käufer die Sache am liebsten umsonst erlangen, der Verkäufer sie zum höchsten Preise losschlagen möchte, allein im Momente des Vertragsabschlusses wollen doch Beide dasselbe: daß die Sache um 100 von Einem zum Anderen übergehe.

Wenn hier ein Unterschied zwischen Vertrag und Gesammtact zu bemerken ist, so liegt er gerade auf der entgegengesetzten Seite, als auf jener, wo Binding, und mit ihm Jellinek, es annimmt. Beim Vertrage wollen Beide, daß die Sache um 100 übergehe, bei dem Gesammtacte will (nach dem Seite 62 angeführten Beispiele) Jeder

nur, daß ſein ideelles Eigenthumsantheil am Acker ſervitut-belaſtet werde, ohne Rückſicht darauf, ob auch der Andere es wolle. Beim Vertrage will ich nicht nur ſelbſt, ſondern ich will auch, daß der Andere wolle, beim Geſammtacte will ich nur für meine Perſon, jedoch gar nicht, daß auch der Andere für ſeine Perſon wolle.

Nun liegt gerade beim Einigungsacte der Fall ſo, daß der Wille jeder einzelnen Gemeinde nicht bloß dahin geht, daß ſie aufgehe in die neue Gemeinde, ſondern daß auch dasſelbe eintrete bei der anderen in die Vereinigung einbezogenen Gemeinde. Und eben deshalb, weil beim Einigungsacte keine der Gemeinden nur für ihren Theil will, liegt hier nicht Geſammtact, ſondern Vertrag vor.

Hiedurch iſt ſchon Stellung genommen gegenüber Jellineks Behauptung, daß beim Vertrage der Zweck in der Befriedigung entgegengeſetzter Intereſſen, bei der Vereinbarung der Zweck in der Befriedigung gemeinſamer Intereſſen liege. Selbſt wenn man auf das Zweckmoment eingeht, um deſſentwillen Verträge abgeſchloſſen werden, Geſammtacte entſtehen, werden ſich Beiſpiele ergeben, aus denen das Gegentheil deſſen hervorgeht, was jener Autor behauptet. Iſt man gezwungen anzunehmen, die Ehe werde geſchloſſen zur Befriedigung entgegengeſetzter oder doch nicht congruirender Intereſſen, oder die Adoption thue dieſes?

Und umgekehrt, wenn Zwei ihre Unterſchrift zur Einberufung einer Gemeindeausſchußſitzung, zur Erzielung einer Verfaſſungsreviſion abgeben, von denen der Eine Stärkung, der Andere Abſchaffung des herrſchenden Regimes beantragen will, liegt hier als Zweck: Befriedigung gemeinſchaftlicher Intereſſen vor?

Was Jellinek als weiteres Charakteriſtikon der Vereinbarung anführt[1]), ſie ſei „die Erzeugung einer einheitlichen, rechtlich relevanten

[1]) a. a. O. Seite 194.

Willenserklärung aus mehreren individuellen Willensactionen, seien sie nun die selbstständiger Personen oder von Organen eines Gemeinwesens", trifft zwar zu bei der (Seite 59) sub 1 erwähnten Kategorie, aber gewiß nicht bei der Kategorie 3, wo gerade, wie z. B. die Stimmenabgabe zum Zustandekommen einer Versammlung zeigt, der Mangel einer solchen einheitlichen Willenserzeugung klar zu Tage tritt.

Ganz besonders aber möchte ich mich gegen seine Ausführung[1]) wenden, welche sagt: „Die Vereinbarung tritt überall dort auf, wo mehrere Willen getrennt nicht die rechtliche Macht haben, einen bestimmten, rechtlich relevanten Willen hervorzurufen."

Gerade das ist das Charakterisirende bei den sub 3 genannten Gesammtacten, daß die mehreren Willen ganz getrennt von einander auftreten, jeder für sich, und doch die rechtliche Relevanz hervorgerufen wird, während umgekehrt beim Vertrage durch ein getrenntes Wollen nichts erzielt wird. Nun genügt es gerade zum Einigungsacte nicht, daß mehrere Gemeinden, jede für sich, die Erklärung abgeben, die Einigung zu wollen, etwa wie beim Referendum, und gerade deshalb, weil nicht „getrenntes", sondern „gemeinschaftliches" Wollen zum Einigungsacte gefordert wird, zählen wir diesen den Verträgen zu.

Mit ähnlichen Argumenten, wie sie vorher gegen Jellineks „Zweckmoment" angeführt wurden, läßt sich auch gegen die Behauptung Kuntze's ankämpfen, „daß bei Gesammtact die einzelnen Willen nicht wie beim Vertrage von entgegengesetzten, sondern von entsprechend gleichartigen Ausgangspunkten ausgehen müssen". Wenn irgendwo, so ist gerade an den dort angeführten Fällen des Gesammtactes der Ausgangspunkt des Einen für den Anderen gleichgiltig. Natürlich,

[1]) ibid. Seite 194.

weil Jeder auf eigene Faust handelt, ist es ganz gleichgiltig, von welchem Standpunkte ausgehend er dazu gekommen ist, seinen Willen als Summanden beizutragen. Dagegen ist, wenn man von den vorbereitenden Motiven, die die Geneigtheit zum Vertragsabschlusse herbeigeführt haben, absieht, der Ausgangspunkt der Vertrags-Parteien durchaus kein so entfernt stehender, gegensätzlicher, wie Kuntze annimmt; gerade hier liegt es, wie die auf den Vertrag hindernd einwirkenden Elemente, als dolus, error ꝛc. darthun, viel näher, von „entsprechend gleichartigen" Ausgangspunkten zu sprechen!

Gegen das weitere von Kuntze angeführte Unterscheidungsmoment des Gesammtactes vom Vertrage, „daß in die Figur des Gesammtactes eine beliebige Mehrzahl von Theilnehmern eintreten könne", ernsthaft aufzutreten, scheint nicht geboten, da Kuntze selbst diese Scheidung nicht ernst nimmt. Sagt er doch selbst[1]): „Die Gesellschaftsverträge gehören nicht zu den zweiseitigen Verträgen, sondern bilden eine parallele Linie oder Serie; man muß zweiseitig und mehrseitig angelegte oder kurz: dualistische und pluralistische Verträge unterscheiden."[2]) Und so können wir den Fall, daß eine Mehrzahl von Gemeinden sich vereinigt, getrost den pluralistischen Verträgen einordnen. Indeß spricht gerade die von Kuntze gemachte — ich möchte sagen psychologische — Beobachtung, daß beim Gesammtact leichter eine „beliebige" Mehrzahl Zutritt findet, als wie beim Vertrage, eher für als gegen die Vertragsnatur des Einigungsactes. Das möglicherweise massenhafte Eintreten von Willensträgern beim Referendum erklärt sich aus ihrer völligen Indifferenz gegen einander;

[1]) Seite 32.

[2]) Ebenso vergl. Kuntzes Ausführungen Seite 75 flg. über den Vertrag einer Mehrheit von Contrahenten bei den Vorbereitungen zur Gründung einer Actiengesellschaft.

beim Vertrage ist jeder neue Wille ein Factor, der die ganze Situation ändert; und gerade das ist der Fall, wenn anstatt des gewöhnlichen Falles der Vereinigung von zwei Gemeinden, eine dritte hinzutritt, um an der Vereinigung theilzunehmen.

Bedeutungsvoller ist Kuntze's Behauptung, daß beim Gesammtact, im Gegensatze zum Vertrage, die Parteien sich gegenseitig nicht binden, eine Anschauung, die auch schon in Bindings Ausspruche, der Vertrag sei eine „Bindung", die Vereinbarung eine „Verschmelzung" enthalten ist. Versteht man unter Gebundensein lediglich den objectiven Effect, daß es keinen Rücktritt mehr gibt, nachdem die Willenserklärung geschehen und der rechtliche Effect eingetreten ist, so tritt diese Wirkung sowohl bei Verträgen wie bei Gesammtacten nach Maßgabe der sonstigen Erfordernisse gleichmäßig ein.

Aus dieser „objectiven" Gebundenheit wird man daher gar keine Schlüsse zu Gunsten der Fähigkeit des Gesammtactes, Wirkungen hervorzurufen, die dem Vertrage versagt seien, ziehen können. Man wird daher, um Kuntze und Binding nicht Unrecht zu thun, unter „Bindung" in ihrem Sinne etwas Anderes verstehen müssen, nämlich das subjective Moment des wechselseitigen Sichverpflichtens der Parteien. Dieses tritt allerdings bei dem Gesammtacte, wo die Parteien gar nicht in einen Contact zu einander zu treten brauchen, nicht ein, und insoferne liegt der Unterscheidung ein richtiger Gedanke zu Grunde, als wir bei der Mehrheit der Verträge dieses wechselseitige Sichverpflichten der Parteien bemerken. Falsch ist es nur, hierin das Wesen des Vertrages zu erblicken, da es ja Verträge gibt, bei denen von einer solchen Beziehung der Parteien zu einander, von einem juris vinculum, das sich um beide schlingt, nicht die Rede ist, so bei den dinglichen Verträgen. Wo ist die wechselseitige Verpflichtung, welche bei der Traditio Empfänger und Nehmer umschlingt?

Wechſelſeitiges ſich Verpflichten vollſtändiger Willen iſt ein ſicheres Zeichen, daß Vertrag vorliege; aber das Fehlen des ſich Verpflichtens dem anderen gegenüber noch kein Beweis für das Fehlen des Vertrages.

Iſt aber einmal zugegeben, daß es Verträge gibt, welche nicht ſubjective Verpflichtung der Parteien untereinander hervorrufen, ſo iſt es klar, daß auch den Verträgen die Fähigkeit, anderweitige Rechtswirkungen zu erzeugen, nicht abgeſprochen werden kann.

§. 5. Damit aber ſind wir dahin gelangt, daß wir die neue Theorie an ihrem Ausgangspunkte angreifen. Denn gerade davon ging ſie aus, daß der Vertrag, weil ausſchließlich obligirend wirkend, keine Möglichkeit biete, ſchöpferiſch aufzutreten.

Daher ihre Oppoſition gegen die „maßloſe Ausdehnung des Vertragsbegriffes“ und die Nothwendigkeit nach einer neuen Rechtsform zu ſuchen, um mit deren Hilfe die Entſtehung einer juriſtiſchen Perſon durch das Zuſammenwirken Mehrerer zu erklären, ohne von Vertrag ſprechen zu müſſen.[1]) Allein mit mehr Recht, als womit die neue Theorie der herrſchenden Lehre maßloſe Ausdehnung des Vertrages vorwirft, könnte man jener rein willkürlichen Einſchränkung der Vertragswirkung zum Vorwurfe machen.

Aus demjenigen, was wir bis jetzt über das Weſen des Vertrages ſagten, ergibt ſich nur, daß die directen Wirkungen des Ver-

[1]) Ganz richtig ſagt Kuntze (Geſammtact S. 55): „Der einſeitige Rechtsact kann einſeitige Rechtswirkungen erzielen, d. h. ſolche, welche ſich auf ein einzelnes Rechtsverhältnis beziehen, bezw. ein ſolches begründen; er kann aber auch auf die Schöpfung einer Rechtsſphäre abzielen.“

Und — von ſeiner einſchränkenden Auffaſſung des Vertragsbegriffes ganz folgerichtig — ſagt er gleich darauf: „Ein Schöpfungsact kann durch Vertrag zwar vorbereitet, aber nicht verwirklicht werden, denn im Schöpfungsacte müſſen alle Kräfte einheitlich zuſammenwirken, während im Vertrage entgegengeſetzte Intereſſen und Willensrichtungen im Spiel ſind.“

trages sich auf die contrahirenden Theile beziehen müssen. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß diese Wirkungen nur in der Form eines sich gegenseitigen Verpflichtens bestehen können. Vielmehr liegt auf der Hand, daß die Interessen der Contrahenten gemeinsam auch in anderer Form durch die Vertragswirkung influenzirt werden können. So wird — um auf das frühere Beispiel zurückzukommen — bei der Tradition keine obligatorische Beziehung zwischen den beiden Contrahenten hergestellt; dennoch berührt der Effect dieses Vertrages gewolltermaßen die Interessensphäre beider Theile gleichmäßig, indem dem Einen sein Eigenthumsrecht benommen und auf den Andern übertragen wird.

In einem gewissen Sinne kann nun auch in diesem Falle, wie insbesondere in dem Falle der Constituirung von dinglichen Rechten an fremder Sache von einer Creation, von einer schöpferischen Thätigkeit gesprochen werden, indem ein neues, bisher nicht bestandenes jus in re geschaffen wird.

Wie die Schöpfung eines Rechtes, so kann aber der Gesetzgeber auch die Schöpfung eines Rechtssubjectes von einem Vertrage derjenigen abhängig machen, deren Interessen durch die Existenz dieses zu creirenden Subjectes zunächst berührt werden.[1])

Dieses ist immer der Fall, wenn Gemeinden sich mit einander vereinigen, indem durch das neu zu creirende Subject ihre eigene Existenz als Gemeinden vernichtet wird; sie thun eben das, was Kunze als Erklärung der Errichtung einer Actiengesellschaft durch einen Gesammtact hinstellt: (Gesammtact Seite 79) „sie entäußern sich gewisser Rechte zu Gunsten eines noch nicht vorhandenen, sondern

[1]) Allerdings hat dieses neue Subject in mehrfachen Beziehungen Wirkungen auf Dritte. Aber ein Aehnliches findet ja auch bei der Tradition statt, bei welcher das neu geschaffene Recht gleichfalls dritte Personen berühren kann.

erst in's Leben zu rufenden Rechtssubjectes, welches eben dadurch zum Dasein gelangt, daß es mit den dazu gehörenden Rechten ausgestattet wird."

Das Gegenstück zur Vereinigung bietet die — später zu besprechende — Trennung, indem auch hier durch die Creation eines Rechtssubjectes die alte Gemeinde in ihrer bisherigen Existenz vernichtet wird; hier bedarf es weder eines Gesammtactes, noch eines Vertrages, sondern es genügt der einseitige Act der Gemeinde, die durch die Creation in ihrem Interesse berührt wird.

Weshalb sollte der im Vertrage sich manifestirende Wille der zwei sich vereinigenden Gemeinden nicht die gleiche schöpferische Kraft haben, wie der einseitige Wille der sich trennenden Gemeinde, und man gezwungen sein, im ersten Falle nach einer neuen Rechtsform zu suchen?

Sowohl bei der Einigung wie bei der Trennung können wir von Creation sprechen. Hier von der Creation durch den Einen, dort von der Creation durch den vertragsmäßig geeinigten Willen Mehrerer.

In beiden Fällen entäußert sich der Schöpfer der zur Schöpfung erforderlichen, bisher ihm zustehenden Rechte[1]); richtig ist es daher, was die „neue Theorie" andeutet, daß die sich einigenden Gemeinden — nachdem das Stadium des vorher besprochenen Uebereinkommens

---

[1]) Wie denn überhaupt bei jeder Gründung einer juristischen Persönlichkeit der schöpferische Wille einen Theil seines Lebens verlieren muß; dasselbe Princip, welches die Physik als Gesetz der Erhaltung der Kraft bezeichnet, und wonach aus Nichts Nichts entsteht, regiert auch die Rechtswelt; gegen die — ältere — Behauptung Unger's im „österr. Privatrecht": „Die Schöpfung einer juristischen Person ist eine Schöpfung aus dem Nichts" (I. § 42) bildet den stärksten Gegenbeweis die Vereinigung und Trennung der Gemeinden, die bei dieser Schöpfung ganz aufgehen.

überschritten ist — sich wechselseitig nichts leisten; falsch ist es, daraus zu schließen, daß sie in keinem Vertragsverhältnisse zu einander stehen.

Was hier mit Absichtlichkeit auf die Frage des Einigungsactes der Gemeinden beschränkt wurde, daß durch Vertrag eine Neuschöpfung möglich sei, und daß es unrichtig sei, hiefür die Gesammtacts-Theorie heranzuziehen, dürfte sich mit Leichtigkeit auf die Schöpfung juristischer Personen überhaupt durch eine Mehrheit zusammenwirkender Willen generalisiren lassen. Hierauf weiter einzugehen ist nicht die Aufgabe der vorliegenden Schrift.

Achtes Capitel.

Rechtsfolgen der gänzlichen Vereinigung.

§. 1. Haben wir uns bisher mit den Voraussetzungen der gänzlichen Vereinigung befaßt und die Stellung zu präcisiren gesucht, welche dem Willen der Gemeinde bei diesem Acte zukommt, so werden jetzt die rechtlichen Folgen desselben zu untersuchen sein.

Als das Kriterium der gänzlichen Vereinigung wurde aufgestellt, daß wenigstens eine der zu vereinigenden Gemeinden von der Bildfläche verschwinde, um einer anderen Gemeinde eine erweiterte Existenz zu verschaffen, oder aber, daß sämmtliche Einzelgemeinden zu bestehen aufhören, um eine neue größere Gemeinde an ihre Stelle treten zu lassen (Cap. II), und weiters wurde gezeigt, daß der einfachste Weg, eine solche Vereinigung durchzuführen, nämlich Universalsuccession anzuordnen, nicht in der Macht der Landesgesetzgebung liegt (Cap. III). Daß trotzdem für die Schaffung großer und starker Gemeinden durch Zusammenziehung kleinerer ein Bedürfnis vorhanden war, ist unbestreitbar, und da ist es interessant zu sehen, wie die Landesgesetzgebungen das Problem gelöst haben, diesem Bedürfnisse Rechnung zu tragen, ohne doch die nächstliegenden Mittel zur Erfüllung desselben zu besitzen.

Betrachten wir zu diesem Zwecke neuerlich den §. 2 der österreichischen Landesgemeindeordnungen: „Zwei oder mehrere Orts-

gemeinden . . . können sich nach vorausgegangenem Uebereinkommen über den Besitz und Genuß ihres Eigenthums, ihrer Anstalten und Fonde in Eine Ortsgemeinde vereinigen, so daß sie als eigene Ortsgemeinden zu bestehen aufhören."

Der §. 2 verlangt demnach für das Zustandekommen der Vereinigung, daß ein Uebereinkommen über den Besitz und Genuß ihres Eigenthums ꝛc. vorausgegangen sei. Ohne auf eine Kritik des mehr als bedenklichen Terminus: „Besitz des Eigenthums" einzugehen, ersehen wir vor Allem, daß ein vollständiger Uebergang aller Rechte von den früheren Gemeinden auf die neue Gemeinde nicht stattzufinden braucht.

Denn indem ein „Uebereinkommen über Besitz und Genuß" der Vereinigung vorausgeht, ist es klar, daß ein solches Uebereinkommen bei verschiedenen Vereinigungsacten einen verschiedenen Inhalt erhalten könne. Welche Vermögensobjecte an die neue Gemeinde übergehen werden, erwähnt das Gesetz nicht; es ist nicht nur möglich, daß keineswegs alle Objecte übergehen, es ist sogar nicht ausgeschlossen, daß auch nicht ein Object übergehe und den bisherigen Gemeinden ihr gesammtes Eigenthum verbleibe.[1])

Die Landesgesetzgebung hat also gar nicht den Versuch gemacht, die Universalsuccession als eine Rechtsfolge der Vereinigung einzu-

---

[1]) Daß auch ein derartiges Uebereinkommen dem Sinne des §. 2 nicht widerstrebt, beweist deutlich §. 69 der Regierungsvorlage (bez. §. 69 der Gemeindeordnung für Bukowina, Görz, Istrien, Mähren, Schlesien, Tirol, Vorarlberg und Kärnten, §. 79 Dalmatien, §. 67 O.-Oesterr., §. 70 N.-Oesterr., Salzburg, §. 66 Steiermark, §. 76 Böhmen), wo es heißt: „Wenn zwei oder mehrere Ortsgemeinden mit Vorbehalt ihres Eigenthums zu einer Ortsgemeinde vereinigt worden sind . . ."

führen; denn würde sie an eine solche gedacht haben, so wäre jedes „Uebereinkommen“ überflüssig und sinnlos.

Ja noch mehr; es geht daraus hervor, daß, insofern ein Uebergang des Eigenthums überhaupt stattfindet, er nicht durch den Vereinigungsact als solchen, sondern durch eine von demselben rechtlich unabhängige, ihm vorausgehende Abmachung erfolgt, sowie daß dieser Eigenthumsübergang sich ausschließlich innerhalb der Gränzen jener Abmachung bewegt. Dadurch wird der Gedanke nahe gelegt, daß die Vereinigung unmittelbar eine privatrechtliche Rechtsnachfolge nicht herbeiführe, und dieser Gedanke findet seine Bestätigung durch ein weiteres Eingehen in den Wortlaut der citirten Gesetzesstelle.

§. 2. Indem hier lediglich von einem Uebereinkommen über „Besitz und Genuß“ von Rechten die Rede ist, fehlt jede Andeutung darüber, was bezüglich der Pflichten und Lasten der Gemeinde zu geschehen habe. Daß ein bloßes Uebersehen vorläge, ist um so weniger anzunehmen, als der sogleich folgende §. der Gemeinde-Ordnung, welcher von der „Trennung der Ortsgemeinden“ handelt, gerade dieses Umstandes ausdrücklich erwähnt und erklärt, der Trennung müsse „eine vollständige Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens und Gutes und der gemeinschaftlichen Lasten“ vorhergehen.[1])

Der Grund ist ein anderer und er zeigt uns, daß die Gesetzgebung das hier vorliegende Problem — wenn auch vielleicht unbewußt — erfaßt hat.[2]) Während die Gemeinden über ihre Rechte verfügen können oder doch das mangelnde Verfügungsrecht durch den

[1]) Hierüber das Nähere in Cap. XII dieser Abhandlung.

[2]) Ich habe mich vergebens bemüht, in den Regierungsmotiven, den verschiedenen Landtagsdebatten, sowie den beim Ministerium des Innern erliegenden a. u. Vorträgen, mit welchen die Gemeindeordnungen der

Landes- (Bezirks-) Ausschuß ergänzt werden könnte, können sie dies bezüglich ihrer Verbindlichkeiten nicht. Ein Uebereinkommen der sich einigenden Gemeinden untereinander, durch welches sie Forderungsrechte Dritter an die neue Vereinigungsgemeinde verweisen würden, hätte nach den Bestimmungen des Privatrechtes nicht den gewünschten Erfolg, und eine Bestimmung des Landesgesetzes, welche einer solchen Vereinigung Einfluß auf die Privatrechte Dritter gewähren wollte, wäre reichsgesetzwidrig gewesen.

Da eine derartige Bestimmung correcterweise fehlt, haben wir keinen Anhalt dafür, daß durch die Vereinigung die privatrechtlichen Pflichten der alten Gemeinde auf die neue Gemeinde übergehen, und gelangen demnach zu dem Schluß, daß weder Rechte noch Pflichten des Privatrechtes durch den Vereinigungsact selbst übergehen, daß also eine Privatrechtssuccession überhaupt nicht stattfindet.

Von diesem Gesichtspunkte des absoluten Fehlens einer privatrechtlichen Succession erklärt es sich auch, warum das Gesetz es unterlassen hat, irgend welche Garantien für den dritten Forderungsberechtigten vorzusehen. Eine Fürsorge etwa nach Analogie des Art. 247 des Handelsgesetzes bei Auflösung einer Actiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Actiengesellschaft zu treffen, erschien überflüssig[1]).

a. h. Sanction unterbreitet wurden, eine Andeutung darüber zu finden, daß die vorliegende Frage, die m. E. im Gesetze in ganz richtiger Weise gelöst wurde, irgendwie zu Tage getreten wäre.

[1]) Mit obiger Anschauung stimmt im Sinne überein das Verwaltungsgerichts-Erkenntnis vom 14. März 1884, Z. 564 (Budw. 2047), welches ausspricht: daß „nicht einmal die Vereinigung mehrerer Ortschaften zu einer Ortsgemeinde, die doch eine administrativ-rechtliche Einheit bildet, eine solche Rechtsfolge (Aenderung in den vermögensrechtlichen Verhältnissen der einzelnen Ortschaften) nach sich zieht".

§. 3. Daraus ergibt sich aber weiter: wenn bei einer solchen Vereinigung eine Universalsuccession nicht eintritt, wenn ferner keine Rede davon ist, daß die Pflichten der alten Gemeinden einzelweise auf die neue Einigungsgemeinde übergehen, und sogar die Eigenthumsverhältnisse sich nur insoferne ändern, als ein Uebereinkommen vorliegt, so folgt daraus, daß trotz der erfolgten Vereinigung noch ein Etwas von den früheren Gemeinden zurückbleibt — ein Etwas, das Träger von Rechten und Pflichten ist, oder, wie wir es nennen, eine juristische Person. Und das ist auch offenbar gemeint, wenn das Gesetz als die Folge der Vereinigung nicht etwa ausspricht, daß sie überhaupt zu existiren aufhören, sondern: „daß sie als Ortsgemeinden zu bestehen aufhören".

Man wird in dieser einschränkenden Wendung, „als Ortsgemeinden" zu bestehen aufhören, einen bewußten Gegensatz zu dem Aufhören „überhaupt", zu dem völligen Aufgeben der persönlichen Existenz finden können. Insoweit also die vorhin besprochene Abmachung nicht eingreift, bestehen die alten Gemeinden als juristische Person mit ungeschmälerten Rechten und ungeänderten Pflichten fort; was sich hingegen geändert hat, ist der Umstand, daß diese früheren Gemeinden nun nicht mehr „als solche", „als Gemeinden" fortbestehen Sie sind juristische Personen geblieben, aber es fehlt ihnen nunmehr dasjenige, was sie zu Gemeinden qualificirte. M. a. W. es ist ihnen eine Qualität, eine wesentliche Eigenschaft abhanden gekommen, die Eigenschaft, politische Gemeinde zu sein, und diese Eigenschaft ist gleichsam verselbstständigt worden und zu einer neuen Rechtspersönlichkeit ausgewachsen.

Die Lösung des Eingangs aufgestellten Problems ist also in der Weise erfolgt, daß die Landesgesetzgebung — ihrer Schranken sich bewußt — es unterlassen hat, an die Thatsache der Vereinigung als

ſolcher irgendwelche privatrechtliche Folgen zu knüpfen. Wo ſolche Folgen bemerkbar ſind, knüpfen ſie ſich an eine anderweitige — der Vereinigung vorausgehende — Abmachung, und die Rechtsfolgen einer ſolchen Abmachung ſind nach privatrechtlichen Beſtimmungen zu beurtheilen. Dieſe Vorgänge erhalten durch die Normen des §. 2 der Gemeindeordnungen keinerlei höhere Weihe.

Hiebei iſt noch eines zu beachten: So wenig es nach dem Vorhergeſagten geboten iſt, daß bei einer Vereinigung die bisherigen Gemeinden auch als juriſtiſche Perſonen gänzlich zu beſtehen aufhören, ebenſo wenig iſt ein gänzlicher Untergang dieſer Gemeinden durch das Gemeindegeſetz behindert. Vielmehr iſt die Möglichkeit des gleichzeitigen Unterganges dieſer juriſtiſchen Perſonen eine von der politiſchen Vereinigung unabhängige Frage, welche, wo ſie eintritt, nach privatrechtlichen Beſtimmungen abgeſondert zu beurtheilen iſt. Nur inſoferne tritt durch die Vereinigung eine Veränderung ein, als die in §. 1 der Gemeindeordnungen für die politiſchen Gemeinden aufgeſtellte Pflicht der Fortexiſtenz[1]) nunmehr auf ſie keine Anwendung

[1]) Vergl. auch die Bemerkung bei Seydel, Bayeriſches Staatsrecht, 4. Band, S. 462: „Da die Gemeinden als ſolche rechtlich nothwendige Einheiten ſind, ſo können ſie auf ihre privatrechtliche Perſönlichkeit nicht nach freiem Belieben durch privatrechtliche Handlungen verzichten.“ — Demnach wäre ein ſolcher Verzicht nicht ausgeſchloſſen, ſobald das Hindernis desſelben, die öffentliche Stellung, weggefallen iſt. Dagegen vermögen wir nach den Ausführungen des Textes die weiteren Bemerkungen Seydel's nicht voll anzuerkennen: „Aenderungen ihres Beſtandes vollziehen ſich nicht durch privatrechtliche, ſondern durch öffentlich-rechtliche Acte. Die hienach eintretenden vermögensrechtlichen Wirkungen ſind nur Folgen jener Acte.“ Wohl iſt der Verluſt der öffentlich-rechtlichen Stellung der Gemeinde eine conditio sine qua non für die privatrechtliche Selbſtauflöſung, aber die letztere ſelbſt vollzieht ſich, wenn jene Vorausſetzung gegeben iſt, auf Grund eines privatrechtlichen Actes.

mehr findet, und sie durch die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht mehr behindert sind, zur gänzlichen Selbstauflösung zu schreiten.

§. 4. Die Frage, was geschieht mit Forderungsrechten an die Gemeinde, die anläßlich der Vereinigung nicht zur Austragung gelangten, verdient ihrer praktischen Wichtigkeit halber besondere Beachtung. Bei der Vereinigung bleibt die Ortschaft in der Regel der Fälle zurück; nicht ein Rechtsübergang findet hier statt, sondern eine Rechtsfortdauer. Bei dieser höchst einfachen Sachlage bestehen natürlich die Forderungsrechte Dritter an die frühere Gemeinde gegenüber der Ortschaft fort. Daß möglicherweise die Gemeinde früher reich war und infolge Vermögensübertragungen an die Einigungsgemeinde die Ortschaft arm und zahlungsunfähig geworden ist, ist nicht anders zu beurtheilen, wie die Vermögensentäußerungsacte privatrechtlicher Schuldner überhaupt. Eine — jedoch keineswegs für alle Fälle ausreichende — Remedur gegen derartige, zu besorgende Benachtheiligungen Dritter bieten die Bestimmungen der §§. 2 u. 3, wonach höhere Factoren eine Bewilligung zu ertheilen haben.

Aber auch der Fall wurde als möglich erkannt (§. 3), daß die Ortschaft durch das bei der Vereinigung abgeschlossene Uebereinkommen gleichfalls gänzlich sich auflöse (wie bei anderen juristischen Personen, für welche eine Verpflichtung zur Fortexistenz nicht besteht), und bei der Trennung (Cap. XII.) muß dieser Fall sogar als der normale angesehen werden. Natürlich wird es auch hier die Aufgabe zunächst der Gemeinde selbst und dann der anderen die Gemeinde überwachenden Factoren sein, darauf hinzuwirken, daß nicht Rechte Dritter geschädigt werden. Ein Edictalverfahren, durch welches die Gläubiger aufgefordert werden sich zu melden, wird in mancher Richtung Abhilfe treffen; die eingegangene Verpflichtung der neuen Gemeinde, für die Schulden der alten aufzukommen, wird, wenn sie auch rechtlich den

Gläubigern nicht zu genügen braucht, sie doch factisch zumeist befriedigen ꝛc. — aber schließlich muß doch daran festgehalten werden, daß es Fälle geben kann, in welchen die Gläubiger der alten Gemeinde keinen Schuldner mehr vor sich haben, weil die alte Gemeinde zu Grunde gegangen ist, auch keine Ortschaft als ihre Rechtsfortsetzung besteht, und die neue Gemeinde nicht als Rechtsnachfolgerin erscheint. Daß ein solches Vorkommnis im Rechtsleben nicht vereinzelt dasteht, zeigt der Untergang physischer, die Auflösung juristischer Personen überhaupt. Es ist hier nicht anders, als wenn nach erfolgter Vermögensentäußerung eine physische Person stirbt oder ein Verein aufgelöst ist, ohne daß seine Verbindlichkeiten alle erfüllt wären.

Neuntes Capitel.

Fortsetzung (Gemeinde und Ortschaft).

§. 1. Wir haben den Scheidungsproceß verfolgt, der sich im Innern der Gemeinde vollzogen hat. Wie ein scheinbar einheitlicher Körper, sobald er durch chemische Vorgänge in Elemente zerlegt werden kann, sich als ein zusammengesetzter erweist, so sehen wir, daß der bisher als einheitlich gedachte Gemeindebegriff einer Theilung fähig ist, indem einerseits eine des Gemeindeseins entkleidete Ortschaft übrig bleibt, andererseits noch Elemente genug in der alten Gemeinde vorhanden waren, um daraus eine neue Gemeinde zu bilden.

Die Betrachtung des einen dieser beiden Elemente, der Ortschaft, wird eine Abgränzung des Gemeindebegriffes nach unten herbeiführen; die Betrachtung des anderen der beiden Elemente einen Schritt in der Erkenntnis des Wesens der Gemeinde selbst ermöglichen.

Nach vollzogener Vereinigung bleibt, wie wir gesehen, die Ortschaft für sich bestehen, und wenn wir vorläufig von den positiven Gesetzesbestimmungen noch absehen, so ergibt sich bereits aus unseren Deductionen, daß sie folgende Eigenschaften besitzen wird: sie ist im Princip ein Träger von Rechten und Verbindlichkeiten; in concreto wird sie alles Eigenthum der früheren Gemeinde, das nicht vertragsmäßig übergegangen ist, besitzen; desgleichen lasten auf ihr alle privat-

rechtlichen Verbindlichkeiten der alten Gemeinde[1]), insoferne sie nicht

[1]) Indem bei der Vereinigung der Gemeinden und der sich hiebei ergebenden Auflösung der „Gemeinden als solcher" die Ortschaft als Rechtssubject übrig bleibt, zeigt sich, daß die österreichische Gemeinde in Wahrheit eine juristische Person im Sinne des römischrechtlichen Corporationsbegriffes ist, deren Vermögen ein von dem Sondervermögen der Mitglieder verschiedenes Rechtsobject bildet. Wenn man, ausgehend von der durch Sohm (Die deutsche Genossenschaft, Leipzig 1888, Seite 36) vorgenommenen Viertheilung der verschiedenen Rechtsformen der Vermögensgemeinschaft: 1) communio, 2) Gesammthand (Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsgemeinschaft), 3) deutsche Genossenschaft (Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsorganisation) und 4) Corporation (Alleineigenthum der Gesammtheit), die heutige österreichische Gemeinde nicht als Corporation auffaßt, sondern sie unter eine der anderen dieser Formen einreihen wollte, dann bliebe es unverständlich, warum beim Wegfallen der die „Verwaltungsgemeinschaft" oder „Verwaltungsorganisation" darstellenden Gemeinde nicht sofort Heimfall des Vermögens an die Mitglieder eintritt. Gerade der Umstand, daß jetzt nicht die Mitglieder, sondern die an Stelle der politischen Gemeinde tretende Ortschaft der Träger der Rechte und Verbindlichkeiten ist, beweist, daß für unser geltendes Recht jene sogenannte „deutschrechtliche" Auffassung der Gemeinde nicht am Platze ist.

Einen eigenthümlichen Standpunkt nimmt in dieser Frage Seydel (Bayerisches Staatsrecht, IV. Bd.) ein. Er unterscheidet (Seite 462) die rechtliche Stellung des Gemeindevermögens „nach Außen" und „nach Innen".

„Nach Außen hin erscheint das Gemeindevermögen im Allgemeinen als Privatvermögen einer Person," nach Innen ist „es in der That gemeinsames Vermögen der Gemeindemitglieder".

Allerdings fügt er hinzu, „es ist nicht gewöhnliches freies Vermögen, über welches dieselben nach privatrechtlichem Belieben verfügen können", sondern „es steht ihnen in ihrer öffentlich-rechtlichen Eigenschaft als Gemeindemitglieder zu". Daraus leitet er „Auseinandersetzungs-Ansprüche" ab, wenn ihr Ausscheiden aus dem Gemeindeverbande eine Folge einer territorialen Aenderung des Gemeindeverbandes, insbesondere durch Untergang der Gemeinde ist.

etwa mit Einwilligung der Forderungsberechtigten auf die neue Gemeinde übergegangen sind.[1])

§. 2. Betrachten wir nunmehr die Ortschaft, wie sie im österreichischen Gesetze behandelt wird, so sehen wir, daß sie von demselben wirklich als ein Rechtssubject anerkannt ist, das sein eigenes Vermögen und

---

Diese Grundsätze leitet Seydel, ohne Rücksichtnahme auf positive Gesetzesbestimmungen, aus der zweifachen Natur des Gemeindevermögens (seiner inneren und äußeren Seite) ab und glaubt in den Bestimmungen des Art. 11 des bayerischen Gesetzes vom 8. August 1878 eine Anerkennung derselben zu finden. Doch gesteht Seydel zu, daß es an Grundsätzen darüber, nach welchem Maßstabe die Vermögensauseinandersetzung bei Aenderung von Gemeindeverbänden sich vollziehen soll, fehlt.

Das letztere ist auch meine Meinung, aber aus einem ganz anderen Grunde — nämlich deshalb, weil von einem „Auseinandersetzungs-Anspruche" überhaupt keine Rede ist, können auch Grundsätze für die Durchführung dieses vermeintlichen „Anspruches" nicht abgeleitet oder lediglich willkürlich aufgestellt werden, wie dies von Jacubetzky, Blätter für administrative Praxis, Bd. XX, S. 246, versucht ist. Zu der Unterscheidung des Subjectes des Gemeindevermögens als eines andern nach Innen und nach Außen kann ich mich nicht verstehen. Das Subject des Gemeindevermögens ist vielmehr die juristische Person Gemeinde und die Frage, ob und welche Vermögensobjecte bei der Vereinigung — und, wie später gezeigt werden wird, bei der Trennung — übergehen, ist nicht Frage eines Auseinandersetzungs-Anspruches, sondern eines Auseinandersetzungs-Vertrages. Das österreichische Gesetz bestätigt diese letztere Auffassung, wie gezeigt wurde, vollkommen.

[1]) Unverständlich bleibt Seydel's Ausspruch (Bayr. Staatsrecht, III. Bd., S. 71): „Die Ortschaft ist Rechtssubject eines besonderen Gemeindevermögens." — Wer ist Eigenthümer, die Ortschaft oder die Gemeinde? Diese Frage wird auch nicht beantwortet durch den Zusatz: „d. h. eines für Gemeindezwecke innerhalb der Ortschaft bestimmten Vermögens".

(in einzelnen Ländern wenigstens) seine eigene, von der Gemeindevertretung gesonderte Ortsvertretung besitzt.[1]) Wenn allerdings in der Mehrzahl der Landesgesetze einer eigenen Ortsvertretung keine Erwähnung geschieht, die Geschäfte der Ortschaft vielmehr auf Grund specieller Bestimmungen durch die Gemeindevertretung besorgt werden[2]), so liegt darin noch keineswegs eine Aberkennung der juristischen Persönlichkeit der Ortschaft, indem dieselbe als Träger gesonderten Eigenthums ausnahmslos anerkannt werden.[3])

[1]) Die wichtigsten hieher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen sind: das 8. Hauptstück der Gemeindeordnung für Böhmen: „von der Vertretung einzelner Ortschaften, die ein abgesondertes Vermögen besitzen"; der Anhang II zur Gemeindeordnung von Krain: „Bestimmungen über die Verwaltung des Ortschaftsvermögens"; der Anhang zur Gemeindeordnung für Oberösterreich: „über die Verwaltung des Sondervermögens". Im Verwaltungsgerichts-Erkenntnis v. 17. Jänner 1890, Z. 185 (Budw. Nr. 5092) wird anerkannt, daß (in Böhmen) bei Vereinigung zweier Gemeinden ein positives Uebereinkommen auf gemeinschaftliche Verwaltung erforderlich ist, um die selbstständige abgesonderte Verwaltung jedes Ortschaftsvermögens zu hindern.

[2]) Vergl. Abs. 3 des Anhanges zur Gemeindeordnung für Oberösterreich, ebenso §. 32 der Gemeindeordnung für Niederösterreich, wonach der Gemeindeausschuß competent ist in Angelegenheiten der Verwaltung: für das besondere Eigenthum einzelner zur Ortsgemeinde gehöriger Katastralgemeinden und Dorfschaften, insoweit hierüber nicht ein besonderes Uebereinkommen besteht.

[3]) Vergl. Regierungsvorlage §. 69: „Wenn zwei oder mehrere Ortsgemeinden mit Vorbehalt ihres Eigenthums zu einer Ortsgemeinde vereinigt worden sind, so sind die Einkünfte des gesonderten Eigenthums nach dem bei der Vereinigung geschlossenen Uebereinkommen, in Ermangelung eines solchen aber zur Bestreitung des Aufwandes, der auf jede der früheren selbstständigen Gemeinden entfällt, zu verwenden. So Steiermark §. 66, Oberösterreich §. 67, Bukowina, Görz, Istrien, Mähren, Schlesien, Tirol und Vorarlberg §. 69, Niederösterreich, Salzburg §. 70, ähnlich Kärnten §. 69, Krain §. 70, Böhmen §. 76, Galizien: In den aus zwei oder mehreren Ansiedelungen oder Ort-

Die Thätigkeit der Ortschaft hingegen ist, wo immer von ihr im Gesetze die Rede ist (vergl. Böhmen §§. 107—114), auf ihre Vermögensverwaltung beschränkt.[1]) Indem auf demselben Gebiete, welches die Ortschaften umfaßt, nunmehr eine neue Gemeindegewalt besteht, so folgt daraus von selbst, daß der gesammte Complex jener Functionen, die im Gesetze als Gemeindefunctionen gedacht sind, ihr ferne stehen, daher auch der Ortschaft Hoheitsrechte, wie sie der Gemeinde zukommen, nirgends im Gesetze zuerkannt werden.[2])

Demgemäß reducirt sich auch der Zweck der mit gesondertem Eigenthume ausgestatteten Ortschaften dahin,[3]) 1) daß ihr Vermögen bestimmten, die Gesammtgemeinde nicht berührenden Sonderinteressen der Ortschaft dient, 2) daß eigentliche Gemeindeauslagen, die zwar auf alle Steuerträger umzulegen sind, für die Ortschaftsmitglieder nach Maßgabe der Einkünfte des Sondervermögens aus diesem bestritten werden. Durch die Umwandlung in eine Ortschaft soll also das frühere Gemeindevermögen seinem ursprünglichen Verwaltungszwecke nicht entzogen werden. Sachlich sind die Zwecke, denen es zu dienen hat, dieselben geblieben — es sind in merito dieselben Aufgaben. Allein formal ist eine wesentliche Aenderung eingetreten: derselbe Zweck erscheint nunmehr als Ortschaftszweck.[4])

---

schaften zusammengelegten Gemeinden sind die auf eine solche Ansiedelung oder Ortschaft, welche ihr gesondertes Eigenthum besitzt, entfallenden Ausgaben aus den Einkünften des ihr gehörigen gesonderten Eigenthums zu bestreiten, und der Ueberschuß dieser Einkünfte verbleibt ihr ausschließliches Eigenthum.

[1]) Ebenso Verw.-Gerichts-Erk. vom 11. Dec. 1878, Z. 1891 (Budw. Nr. 379).

[2]) Vergl. auch Verw.-Ger.-Erk. vom 27. Sept. 1879, Z. 1563 (Budw. Nr. 569).

[3]) Vergl. den cit. §. 69 der Reg.-Vorl. u. §. 75.

[4]) Dies ist wohl gemeint in dem Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes v. 6. Nov. 1891, Z. 3505, Bud. Nr. 6228.

§. 3. Wenn man also die beiden Gebilde mit einander vergleicht, wie sie sich vor und nach der Vereinigung ergeben, die Gemeinde und die Ortschaft, so zeigt sich, daß das die politische Gemeinde gegenüber der Ortschaft Charakterisirende weder im Vermögensbesitze noch in der Selbstverwaltung dieses Vermögens, noch in der öffentlichen Zweckbestimmung desselben zu suchen ist, wohl aber darin, daß die Gemeinde eine Reihe verwaltungsrechtlicher Befugnisse hat, eine Eigenschaft, die der Ortschaft fehlt.

Da also die juristische Person, das Rechtssubject, das anläßlich der Vereinigung bleibende Element ist, so kann dieses Moment nicht zur Unterscheidung des früheren und des neuen Gebildes herangezogen werden. Das Rechtssubject ist in diesem Falle jenes Unveränderliche, an welches sich der Zusatz Gemeinde zu sein anlehnt; um aus der Gemeinde die Ortschaft zu machen, brauchte man sie nur der Eigenschaft zu entkleiden, Träger bestimmter öffentlich-rechtlicher Functionen zu sein, und in dieser Eigenschaft müssen wir daher das für den Gemeindebegriff Wesentliche erblicken.

Gemeinde sein ist eine Eigenschaft, eine Qualität bestimmter Rechtssubjecte.

Welchen Inhalt diese Eigenschaft habe, ist damit freilich nicht erklärt; — wäre dies geschehen, so wäre mit einem Schlage das Gemeinde-Problem gelöst — so weit geht unsere Absicht hier nicht, und es würde den Grundsätzen der Eingangs ausgeführten Forschungsmethode widerstreben, hier einen Schritt weiter zu machen, als die bisher gewonnenen Resultate von selbst ergeben.

Es genügt vorläufig festzustellen, daß das Gemeindesein eine Eigenschaft ist, die Rechtssubjecten zukommt und ihnen wieder abgenommen werden kann, ohne daß dadurch deren Existenz als juristische Person aufgehoben wird.

Was vorhin lediglich als eine Thatsache hingestellt wurde, die in den Competenzverhältnissen der Reichs- und Landesgesetzgebung einen mehr äußerlichen Anlaß hat, nämlich daß eine Rechtsnachfolge auf privatrechtlichem Gebiete nicht ipso jure durch die Vereinigung eintritt, das erweist sich nunmehr als eine innerliche Nothwendigkeit, sobald die Bedeutung des Gemeindebegriffes als einer einem anderen Körper zukommenden Eigenschaft anerkannt wird. Es erscheint ebenso selbstverständlich, daß bei Uebertragung einer bloßen Eigenschaft eine Rechtsnachfolge nicht eintritt, wie es bei der entgegengesetzten Auffassung schwer zu erklären ist, daß Gemeinden in neue Gemeinden übergehen, ohne daß zugleich ein Rechtsübergang stattfinde.

§. 4. Indem wir somit in dem Gemeindesein eine Eigenschaft erblicken, die gewissen Rechtssubjecten zukommt, müssen wir jene Auffassung der Gemeinde als unrichtig bezeichnen, welche Seydel (im Bayr. Staatsrecht, IV. Band S. 462) gibt, indem er sagt: „Die juristische Persönlichkeit der Gemeinde ist nur eine Wirkung ihrer öffentlich-rechtlichen Eigenschaft als Gemeinde, als Verwaltungskörper.“ [1]) Diese Auffassung hat auf den ersten Blick das Bedenken gegen sich, daß man den nothwendigen Zusammenhang zwischen der Ursache: „öffentlich-rechtliche Eigenschaft“ und der Wirkung: „juristische Persönlichkeit“ nicht erkennt, und weiters ist diese Auffassung mit der soeben gemachten Beobachtung schwer vereinbar, wonach die juristische Persönlichkeit, die angeblich nur eine Wirkung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft ist, unabhängig von dieser Eigenschaft besteht und fortbesteht.

---

[1]) Ebenso Seydel ibidem Seite 459: „Die Ortsgemeinden sind juristische Personen des bürgerlichen Rechtes. Es ist dies Folge ihrer Eigenschaft als öffentliche Körperschaften.“

Aehnlich verhält es sich mit der Bemerkung H. Schulze's (Preuß. Staatsrecht, Leipzig 1872), wonach die Gemeinde secundär eine privatrechtliche Persönlichkeit ist.

Beide Autoren machen denselben Fehler, indem sie öffentlich-rechtliche Befugnisse annehmen, an welche sich eine privatrechtliche Persönlichkeit „secundär" oder „als Wirkung" anlehne, während nach der hier vertretenen Anschauung uno actu durch den Willen der sich vereinigenden Gemeinden eine neue juristische Persönlichkeit entsteht, die gleichzeitig die Fähigkeit besitzt, in öffentlichrechtliche wie in privatrechtliche Verhältnisse einzutreten.

Nach den Definitionen dieser beiden Autoren nähert sich — so sehr dieselben gegen eine solche Auffassung protestiren mögen — die Gemeinde einem bloßen Verwaltungsbezirke, der erst durch das nachfolgende secundäre Hinzutreten privatrechtlicher Elemente zu einem Rechtssubjecte ausgestaltet wurde, während die hier vertretene Ansicht der Gemeinde unwillkürlich eine festere Basis gibt, indem hier uno actu eine mit den Eigenschaften einer juristischen Person sowie mit den besonderen Gemeinde-Eigenschaften gleichzeitig ausgestattete Persönlichkeit entsteht.[1])

[1]) So wenig es Jemandem einfallen wird, zu behaupten, eine physische Person sei in erster Linie ein privatrechtliches und erst daraufhin ein öffentlich-rechtliches Rechtssubject — das Kind würde zuerst als Träger von Privatrechten geboren und dann als Staatsbürger — so wenig sollte man auch bei juristischen Persönlichkeiten eine solche Unterscheidung vornehmen.

Zehntes Capitel.

Vereinigung zu einer Sammtgemeinde.

§. 1. Nach Betrachtung der Vereinigung schlechthin wenden wir uns den Formen der minder innigen Vereinigung zu, und zwar zunächst der Vereinigung zweier oder mehrerer Gemeinden zu einer Sammtgemeinde (vergl. Cap. 2, §. 3), also jener Einigungsform, von der bereits in Cap. 3 gezeigt wurde, daß ihre Regelung — weil eine Minderung des vom Reichsgesetze in einer für die Kronländer unabänderlichen Weise festgesetzten Gemeindewirkungskreises involvirend — insolange der Landesgesetzgebung unmöglich war, bis nicht durch §. 12 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867 die gesammte Gemeindegesetzgebung den Ländern anheimgegeben wurde.

Als eine interessante Bestätigung für die Richtigkeit des dort Gesagten möge angeführt werden, daß ein Versuch des niederösterreichischen Landtages im Jahre 1863, dennoch in das n. ö. Gemeindegesetz „Sammtgemeinden" einzuführen[1]), an dem Widerstande der

[1]) Der betreffende §. des n. ö. Landes-Gemeindegesetz-Entwurfes, wie er in der 36. Sitzung des Landtages vom 19. März 1863, S. 909, angenommen wurde, lautete: „§. 89. Die zu einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung vereinigten Gemeinden bilden .... eine Gesammtgemeinde, welcher bezüglich dieser Angelegenheiten alle Rechte und Pflichten einer Ortsgemeinde zustehen."

Regierung ſcheiterte, welche die Verweigerung der Allh. Sanction unter Anderem ganz richtig mit den Worten motivirte:

„Es liege nicht in der Competenz des Landtages, der Ortsgemeinde einen Theil des ihr durch das Reichsgeſetz zugewieſenen autonomen Wirkungskreiſes zu entziehen, und dieſelbe auf ſolche Weiſe des eigentlichen Charakters einer Ortsgemeinde zu entkleiden." (N. ö. Landtagsprotokolle v. J. 1864. 7. Sitz. v. 21. März, S. 123.)

Da dieſe Action des n. ö. Landtages vereinzelt blieb und ebenſo wie ein weiterer im März 1864 gemachter Verſuch, durch eine vorgängige Aenderung des Reichsgeſetzes zu einem ähnlichen Ziele zu gelangen (vergl. Seite 124, 125 u. 151 der n. ö. Landtagsprotokolle ex 1864), ohne Erfolg war, ſo wäre über die Form der Vereinigung von Ortsgemeinden zu Sammtgemeinden vom praktiſchen Standpunkte wenig zu ſagen, wenn nicht infolge der Competenzerweiterung der Landesgeſetzgebung durch das cit. Staatsgrundgeſetz der niederöſterreichiſche Landtag in die Lage geſetzt worden wäre, ſeine frühere Idee wieder aufzunehmen. Das in dieſem Sinne geſchaffene n. ö.

Uebrigens war man ſich keineswegs allſeitig darüber klar, daß durch dieſe Faſſung eine neue Kategorie von Gemeinden geſchaffen werde; denn von den drei Rednern, welche dieſe Faſſung befürworteten, ſagt der eine (Dr. Berger): „Die deutſche Wiſſenſchaft hat in Gemeindeangelegenheiten bereits den Begriff Sammtgemeinde in ſich aufgenommen, das iſt eben derſelbe, welcher hier mit dem ſehr guten Worte „Geſammtgemeinde" gebraucht wird" (Landtagsprotokolle Seite 908), und ebenſo meint der zweite (Fr. v. Hock): „Den Zweck wollen wir Alle, daß nämlich den kleinen Gemeinden ... Gelegenheit geſchaffen werde, ſich zu vereinigen, damit größere Gemeinden entſtehen", während der dritte Redner (Berichterſtatter Breſtel) ſagt: „Wir würden ſehr gern einen Namen gewählt haben, der bezeichnet hätte, daß es ſich eben nur um eine gemeinſchaftliche Geſchäftsführung, quasi um ein gemeinſchaftliches Amt und nicht um eine eigentliche Gemeinde handelt." (S. 909.)

Landesgesetz über die Verwaltungsgemeinden[1]) (Landesgesetz vom 16. April 1874 Nr. 26) ist für unsern Zweck besonders lehrreich.

Die bisherige Darstellung (Cap. 3) suchte zu zeigen, daß solange die Gesetzgebung in Gemeindesachen zwischen Reich und Land getheilt war, 1) die Landtage nicht in der Lage waren, durch Theilung der Gemeindefunctionen ein neues System von Ober- und Untergemeinden zu schaffen, 2) daß sie keinen Zwang dahin ausüben konnten, daß die Gemeinden wider ihren Willen sich in Bezug auf den selbstständigen Wirkungskreis vereinigen, und 3) wurde darauf hingewiesen, daß die Competenz zu Aenderungen des a. b. G.-Rechts ausschließlich dem Reiche zugehört. Die beiden ersterwähnten Schranken waren nun 1867 hinweggefallen, dagegen war — wie in Cap. 3 ausgeführt — die sub 3 erwähnte Schranke der Landesgesetzgebung stehen geblieben: die ausschließliche Competenz des Reiches über die Civilgesetzgebung (§. 11 des cit. Staatsgrundgesetzes[1]).

§. 2. Nun ist das erwähnte n. ö. Landesgesetz gerade dadurch charakterisirt, daß

1. eine neuartige Gemeindeform, eine Obergemeinde geschaffen wird, und zwar gerade in der bisher durch das Reichsgemeindegesetz verpönten Art und Weise, daß ein Theil des Wirkungskreises den zu vereinigenden Gemeinden abgenommen und daraus die Thätigkeit der Obergemeinde gebildet wird (§. 4 cit. Ges.);

2. daß eine zwangsweise Vereinigung der Gemeinden zu Verwaltungsgemeinden sowohl hinsichtlich des übertragenen als hinsichtlich des selbstständigen Wirkungskreises stattfinden kann (§. 2 cit. Ges.);

---

[1]) Der Ausdruck „Verwaltungsgemeinde" an Stelle des Wortes „Sammtgemeinde" war bereits in den n. ö. Landtagsdebatten im März 1863, Landtagsprotokolle S. 907, in Betracht gezogen worden.

3. daß auch hier von einem Uebergange privatrechtlicher Verhältnisse gar nicht die Rede ist (vergl. §. 2, 3).

Bietet somit dieses Landesgesetz sowohl durch seinen Inhalt, als durch seine Vorgeschichte einen Beweis für die Richtigkeit der früheren Ausführungen, so dürfte es auch zur Charakterisirung des Gemeindebegriffes in etwa hier anzuziehen sein.

Vor Allem sind die zu einer Verwaltungsgemeinde vereinigten früheren Einzelgemeinden durch das Entstehen dieser Verwaltungsgemeinde in ihrer juristischen Persönlichkeit nicht berührt worden. Kein Theil ihrer Vermögensobjecte ist ihnen genommen, keine privatrechtliche Verbindlichkeit auf die Verwaltungsgemeinde übergegangen. Hiedurch finden alle jene Sätze, die wir in Cap. 8, §. 1 bezüglich der mangelnden Succession bei der gänzlichen Vereinigung aufgestellt haben, analoge Anwendung. Analog wie bei der gänzlichen Vereinigung der früheren Einzelgemeinden die Eigenschaft, Ortsgemeinde zu sein, gänzlich abhanden gekommen ist, und sie nichtsdestoweniger als juristische Personen, als Ortschaften, fortexistiren, ist hier der Vorgang, indem sie von der früheren Gemeindeeigenschaft einen Theil abgeben, jedoch als juristische Personen unberührt bleiben. Dabei aber behalten sie bestimmte öffentlich-rechtliche Befugnisse, und unterscheiden sich dadurch von der Ortschaft. Unsere Behauptung, daß das Gemeindesein eine Eigenschaft sei, die gewissen juristischen Personen zukommen und ihnen ohne Aufgeben der Existenz gänzlich abgenommen werden könne, findet darin eine Bestätigung, daß diese Eigenschaft auch theilweise verloren gehen kann.

Indem weiters der §. 4 des cit. Gesetzes sagt, daß der Verwaltungsgemeinde „bezüglich dieser (d. i. der gemeinsamen) Angelegenheiten alle Rechte und Pflichten einer Ortsgemeinde zustehen", entsteht die Frage, ob die Verwaltungsgemeinde eine Ortsgemeinde sei

oder nicht. Wenn ihr nur bezüglich bestimmter Angelegenheiten die Rechte und Pflichten einer Ortsgemeinde zustehen, so folgt daraus a contrario, daß sie ihr bezüglich der anderen nicht zustehen. Nun kann die Frage, ob ein Begriff unter einen zweiten zu subsumiren sei, vom Standpunkte der Logik nur bejaht oder verneint, nicht aber mit dem Urtheile beantwortet werden, daß dies bezüglich bestimmter Merkmale der Fall sei, bezüglich anderer nicht. Wir können demnach die Frage, ob Verwaltungsgemeinden als Ortsgemeinden anzusehen seien, da dieselbe nicht durchaus zu bejahen ist, nur verneinen, und zwar deshalb, weil ihr nicht alle Eigenschaften einer Ortsgemeinde zukommen.

Das Gleiche aber gilt auch bezüglich der zu einer Verwaltungsgemeinde vereinigten Einzelngemeinden, da diese eben wegen des Vorhandenseins der neuen Verwaltungsgemeinde einen Theil der Eigenschaften einer Ortsgemeinde verloren haben, sind sie nicht mehr Ortsgemeinden.

Es ist ein ganz analoger Vorgang wie bei der gänzlichen Vereinigung. Die dort resultirende Ortschaft war nicht mehr Gemeinde, weil sie keine der specifischen Gemeindeeigenschaften mehr besaß; die Vereinigungsgemeinde hingegen wurde eine echte Ortsgemeinde, weil sie alle diese Eigenschaften in sich auffaßte; weder die Verwaltungsgemeinde noch die restirenden Einzelngemeinden sind Ortsgemeinden, weil keiner von beiden alle Gemeindeeigenschaften zukommen. Was ist nun das Unterscheidende zwischen der Ortschaft und der Ortsgemeinde einerseits, und letzterer und der Verwaltungsgemeinde und der nach der Verwaltungsgemeinde restirenden Einzelngemeinde (für welche ein technischer Ausdruck nicht besteht) andererseits? Allen vier Gattungen ist juristische Persönlichkeit im Sinne des Privatrechts gemeinsam, aber der Ortschaft fehlt die Fähigkeit, Gemeindeverwaltungsacte vorzunehmen, dasjenige, was das Gesetz als „Gemeinde-Wirkungskreis“ be-

zeichnet, gänzlich, der Verwaltungsgemeinde und jener erwähnten Einzelngemeinde zu Theil — die echte Ortsgemeinde hat sie vollständig.

Wir werden demnach in intensiverer Weise, als es bisher geschehen ist, dahin geführt, in dem Wirkungskreise das Charakteristische der Ortsgemeinde zu suchen, und zwar in dem ungetheilten Wirkungskreise.

§. 3. Weiters läßt sich aus dem über die Vereinigung von Gemeinden zu Verwaltungsgemeinden Gesagten ein oft gebrauchtes Begriffsmerkmal der Gemeinde schon jetzt als unhaltbar bezeichnen. Man hat die Gemeinden die „untersten" Corporationen ihrer Art genannt.[1]) Vor Allem ist klar, daß mit dieser Relation allein noch nicht viel gewonnen ist, und es ist zu befürchten, daß mit der Festhaltung dieses Gedankens dasselbe fruchtlose Spiel eröffnet werde, welches durch die Bezeichnung des Staates als des „höchsten" Wesens seiner Gattung inaugurirt wurde.

Aber auch abgesehen davon, daß die Feststellung einer solchen Relation von geringem Werthe für die Begriffsbestimmung ist, erscheint sie vorliegenden Falles dadurch widerlegt, daß, wie wir gesehen haben,

---

[1]) Vergl. Loening, D. Verwaltungsr., Leipzig 1884, S. 153: „Die Gemeinden sind die auf territorialer Grundlage ruhenden untersten Communalverbände, deren Zweck in der Erfüllung staatlicher Aufgaben innerhalb der Gemeindemarkung besteht." Desgleichen Stengel, Lehrbuch des d. Verwalt.-Rechtes (1886, S. 114): „Die Gemeinden sind die auf örtlicher Grundlage beruhenden untersten Communalverbände zur Erfüllung der sich aus dem örtlichen Verbande ergebenden öffentlichen Interessen und der ihnen übertragenen staatlichen Arbeiten."

Ebenso Seydel, bayer. Staatsrecht, III. Bd., S. 38: „Die Ortsgemeinde ist die .... nächste und unmittelbare Vereinigung .... d. h. sie hat keine anderen gleichartigen Verbände unter sich."

thatsächlich Organisationen niederer Art in den verschiedensten Combinationen möglich sind, und daß insbesondere jene Untergemeinden, welche bei der Vereinigung zu einer Sammtgemeinde übrig bleiben, eine Reihe communaler Aufgaben zu erfüllen haben, ohne Gemeinde zu sein.

Elftes Capitel.

Vereinigung zu gemeinſchaftlicher Geſchäftsführung.

§. 1. Die dritte der von uns genannten Vereinigungsformen, jene zu gemeinſamer Geſchäftsführung, bietet für die Erkenntnis des Weſens der Gemeinde das relativ geringſte Intereſſe; denn Exiſtenz und Begriff der Gemeinden werden keiner Wandlung unterzogen, wenn lediglich die Organe ſich ändern, durch welche die Gemeinde handelnd auftritt.

Strenge genommen ſollte man hier überhaupt nicht von vereinigten Gemeinden, ſondern von vereinigten Geſchäften der Gemeinden ſprechen; nicht die Gemeinden, ſondern ihre Organe bilden das Object der Vereinigung. Da eine neue juriſtiſche Perſon nicht entſteht[1]), fallen alle jene früher berührten Succeſſionsfragen von ſelbſt außer Betracht.[2])

---

[1]) Mit Recht führt Laband, Staatsrecht des d. Reiches, 2. Aufl. I. S. 82, als Kriterium für die juriſtiſche Perſönlichkeit des d. Reiches an: „Das Reich hat zur Herſtellung ſeines Willens eigene Organe, welche nicht eine Vereinigung der Willensorgane der Einzelſtaaten und ebenſowenig gemeinſchaftliche Organe der Regierungen und Bevölkerungen der Einzelſtaaten ſind.“

[2]) In einem Falle, wo es ſich darum handelte, zu entſcheiden, welche von mehreren zu einer gemeinſamen Geſchäftsführung vereinten Gemeinden

Was dagegen von Interesse ist, das ist der Umstand, daß die in Cap. 3 aufgestellten Thesen über den Einfluß des Verhältnisses von Reich und Land hier abermals zur Geltung kommen. Das Reichsgesetz hat den Gemeinden die Freiheit zu einer derartigen Vereinigung gewahrt und den Zwang dazu nur unter bestimmten Voraussetzungen (Mangel der Mittel zur Erfüllung der aus dem übertragenen Wirkungskreise erwachsenden Verpflichtungen) gestattet. Die Landesgesetze haben sich bis zum Jahre 1867 darauf beschränkt, diese reichsgesetzlichen Bestimmungen meist wörtlich aufzunehmen, die Freiheit der

---

nach erfolgter Auflösung als Träger des vor der Vereinigung ausgeübten Marktrechtes anzusehen sei, hat der Verwaltungsgerichtshof ganz richtig erklärt, daß als Träger solcher concreter Rechte auch nach der Auflösung bis zur formellen Auseinandersetzung die sämmtlichen einzelnen Gemeinden erscheinen, die seinerzeit zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung als Generalgemeinde sich vereinigt haben. (Erk. v. 28. Sept. 1888, Z. 3017, Budw. Nr. 4253.) Wenn hiemit ganz correcter Weise angedeutet wird, daß eine derartige Vereinigung als solche nicht Träger von Rechten und Pflichten sei, sondern nur die Einzelgemeinden, so unterläßt es allerdings der V. G. H. principiell auszusprechen, daß die Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung als solche niemals ein Marktrecht erhalten konnte, weil sie ja nicht Rechtssubject, also nicht Träger bestimmter subjectiver Rechte ist.

Wie der im Reichsgerichtserkenntnis vom 24. October 1872, Z. 143 (Hye Nr. 33) und im Verwaltungsgerichtshofs-Erk. v. 6. Nov. 1886, Z. 2726 (Budw. Nr. 3238) behandelte Fall zeigt, ist es ganz wohl möglich, daß eine Mehrheit von politischen Gemeinden sich zugleich zu einer „einfachen Privatgesellschaft" und außerdem zu einer „gemeinschaftlichen Geschäftsführung" vereinige, und daß, wie das Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis ganz richtig bemerkt, „die Privateigenschaft der Generalgemeinde . . die Vereinbarung der selbstständigen Ortsgemeinden (zu einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung) nicht behindert."

Gemeinden in dieser Richtung zu constatiren,[1]) den Zwang aber auf

[1]) Da den Gemeinden durch das Reichsgesetz „freigestellt blieb, sich zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung zu vereinigen", so hatte das Landesgesetz einfach diese Freiheit zu constatiren. Damit steht allerdings nicht im Einklange, wenn im ersten Paragraph des VI. Hauptstückes der Landesgemeindeordnungen durchwegs gesagt wird: „Den einzelnen Gemeinden desselben politischen Bezirkes bleibt freigestellt . . . ."

Wohl ist es begreiflich, daß die Staatsverwaltung ein Interesse daran hatte, ihre politische Bezirkseintheilung durch eine auf mehrere Bezirke hinübergreifende Gemeindeorganisation nicht stören zu lassen, allein offenbar liegt in dieser Bestimmung der Versuch einer Einschränkung der reichsgesetzlich gewährleisteten Freiheit. Ob dieser Versuch als gelungen zu betrachten sei, wird von der Auffassung abhängen, die über das Verhältnis der Reichs- zur Landesgesetzgebung herrscht. Es kann hier nicht die Aufgabe sein, dieses Verhältnis anmerkungsweise erschöpfend darzustellen. Nur so viel möge bemerkt werden, daß, wenngleich das Reichsgesetz, wie bereits in Cap. 3. erwähnt wurde, die unverkennbare Tendenz hatte, der Landesgesetzgebung bindende Vorschriften zu machen, und andererseits die Länder sich bemühten, die vom Reiche vorgeschriebenen Wege zu wandeln, in dem Falle als eine Dissonanz beider Gesetze dennoch eingetreten ist, zweifellos das Landesgesetz in seinem Territorium ebensosehr Gesetzeskraft hat als das Reichsgesetz, und in formaler Richtung denselben Schutz wie dieses genießt, indem weder Verwaltungsbeamte noch Richter je in der Lage sind, dasselbe auf seine Gesetzlichkeit zu überprüfen. Daraus folgt, daß Widersprüche zwischen Reichs- und Landesgesetz nicht anders zu behandeln sind, denn Gesetzesantinomien innerhalb einer einheitlichen gesetzgeberischen Competenzsphäre überhaupt.

Der Fälle derartiger Dissonanzen zwischen Reichs- und Landesgemeindegesetz gibt es übrigens mehrere, und es war ja vorauszusehen, daß sie bei einer so großen Operate, wie die Gemeindeordnung es ist, vorkommen werden.

Einer der interessantesten Widersprüche, der offenbar nicht beabsichtigt war, wird in Cap. 12 Anm. 1 Seite 107 erwähnt werden.

dieſelben Fälle zu beſchränken wie das Reichsgeſetz, und die zwangsweiſe Vereinigung nicht inniger zu geſtalten, als dieſes zuläßt.[1])

---

[1]) Sämmtliche Landesgeſetze fügen im VI. Hauptſtücke der Gemeindeordnungen dem aus Artikel VII des Reichsgemeindegeſetzes entnommenen Paſſus, wonach es den Gemeinden freigeſtellt bleibt, ſich zu einer gemeinſchaftlichen Geſchäftsführung zu vereinigen, einen zweiten Abſatz bei, welcher lautet: „Die über die Art und Weiſe der gemeinſchaftlichen Geſchäftsführung getroffene Vereinbarung bedarf der Genehmigung der politiſchen Landesſtelle, welche vor Ertheilung derſelben die Bezirksvertretung (den Landesausſchuß) zu vernehmen hat.“ (In einigen Kronländern wird anſtatt der Einvernehmung das Einverſtändnis der Bezirksvertretung [des Landesausſchuſſes] gefordert.) Dieſe Beſtimmung hat den Verwaltungsgerichtshof dazu veranlaßt, in dem Erkenntniſſe vom 26. Juni 1885, Z. 1737 (Budw. Nr. 2634) auszuſprechen, „daß der Rechtsbeſtand einer ſolchen Vereinigung .... von der Genehmigung der k. k. Staatsbehörde ... abhängt“. Dem Wortlaute jenes Verwaltungsgerichtshofs-Erkenntniſſes gegenüber ſcheint es geboten, darauf hinzuweiſen, daß es keineswegs die Genehmigung der Staatsbehörde iſt, welche dieſer Vereinigung den Rechtsbeſtand gewährt. Denn das Geſetz unterſcheidet ſehr genau zwiſchen der Entſtehung der Vereinigung und den über „die Art und Weiſe der Geſchäftsführung“ getroffenen Vereinbarungen. Die Vereinigung entſteht durch den Willen der Gemeinden ſelbſt (Abſatz 1), und ſie bedarf als ſolche einer Genehmigung überhaupt nicht, weil ſie eben den Gemeinden „freigeſtellt bleibt“. Was einer Genehmigung bedarf, iſt nicht der die Vereinigung begründende Vertrag, ſondern die über die Durchführung getroffenen Vereinbarungen. Dies hervorzuheben, ſchien um ſo wichtiger, als der Verwaltungsgerichtshof ſofort weiter argumentirt: „Daß, wenn das Geſetz den legalen Beſtand einer ſolchen Vereinbarung .... von der Genehmigung der Staatsverwaltung abhängig macht, folgerichtig auch die Beſeitigung eines ſolchen Organes nicht ohne ihre Zuſtimmung geſchehen kann.“ In dieſer Allgemeinheit iſt die Behauptung des Verwaltungsgerichtshofes gewiß unrichtig. Gerade weil die Vereinigung durch den freien Willen der Gemeinden entſteht, und die Staatsgewalt nur der „über die Art und Weiſe getroffenen Ver-

Erst nach dem Jahre 1867 wurde die zwangsweise Vereinigung zu gemeinsamer Geschäftsführung auch auf weitere Fälle ausgedehnt, so in Böhmen (L.-G. v. 26. Nov. 1874, Nr. 87), auch dann, wenn die Mittel zur Erfüllung des Wirkungskreises überhaupt (gleichviel ob übertragenen oder selbstständigen) fehlen.[1])

---

einbarung" die Genehmigung ertheilt, kann die Auflösung der Vereinigung ohne die Zustimmung der Staatsverwaltung lediglich durch einen der Vereinigung conträren Willensact der Gemeinden erfolgen.

(Allerdings muß zur Vermeidung von Mißverständnissen hinzugefügt werden, daß in dem hier citirten Falle ein Landesausschuß die Auflösung angeordnet hatte, und das soeben citirte Erkenntnis des Verw.-G.-H. deshalb in merito richtig ist, weil es ausspricht, daß der Landesausschuß zur Auflösung nicht befugt war; allein auch in einer späteren Entscheidung vom 12. Dec. 1889, Z. 4105, Budw. Nr. 5017, welcher dieselbe Vereinigung betrifft, spricht der Verwaltungsgerichtshof die soeben als unrichtig hingestellte Behauptung in noch schrofferer Form aus: „Die communità generale ist ein... Organ, das im Sinne des §. 83 der (tirol.) Gem.-Ordn. nur mit Zustimmung der Staatsverwaltung geschaffen und aus gleichem Grunde auch nur mit staatsbehördlicher Gutheißung beseitigt werden kann.")

[1]) Noch weiter sind in dieser Richtung Oberösterreich (L.-G. v. 12. Oct. 1868, Nr. 19), Salzburg (L.-G. v. 10. Jänner 1870) und Kärnten (L.-G. v. 31. Oct. 1868, Nr. 28) gegangen, indem sie beim Mangel der Mittel die gesetzlich obliegenden Pflichten zu erfüllen, eine gänzliche Vereinigung nach §. 2 für erzwingbar erklären. — Ueberhaupt findet man, wenn man den Gang der Gesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten, vom Jahre 1862 angefangen, bis in die neueste Zeit verfolgt, in der Reichsgesetzgebung eine Begünstigung der individuellen Freiheit der Gemeinden, und dieser favor libertatis spricht aus den Bestimmungen, welche den Zwang bei der Vereinigung auf ein Minimum einschränken, sowie in der Zulässigkeitserklärung des Wiedertrennens, sobald die Gründe der Vereinigung wegfallen. Die Landesgesetzgebung steht der Noth des täglichen Lebens näher; sie empfindet dringender das Bedürfnis, die Kräfte schwacher Gemeinden zu gemeinsamer

§. 2. So wenig Aufschlüsse die Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung über das Wesen der Gemeinde im Allgemeinen zu bieten vermag, so läßt sich daraus doch Einiges über das Verhältnis der Gemeinde zu ihren Organen erkennen.

Es war vorauszusehen, daß bei zwangweiser Vereinigung auf eine thätige Mitwirkung der also gezwungenen Gemeinden nicht zu rechnen sein werde, und daß, wenn die Bildung gemeinsamer Organe von den Gemeinden selbst abhängen würde, der passive Widerstand ein hinderndes Moment bilden werde. Wollte das Gesetz in wirk-

---

Thätigkeit zusammenzufassen; daher ist sie geneigter, die allgemeinen Grundsätze über Gemeindefreiheit zu Gunsten praktischer Resultate einzuschränken; hier herrscht daher ein favor für die — selbst zwangsweise durchzuführende — Vereinigung und die Tendenz vor, die Trennung zu behindern. Zeigt sich dieser Kampf der Anschauungen schon bei Schaffung der ursprünglichen Gemeindeordnungen, so tritt er noch deutlicher hervor, sobald nach Einführung der Staatsgrundgesetze die Landesgesetze eine erweiterte Competenz erhielten.

In rascher Aufeinanderfolge erscheinen die Landesgesetze, welche die Vereinigung — auch der zwangsweisen — befördern, und in Niederösterreich wird das Gesetz über Verwaltungsgemeinden geschaffen.

Hand in Hand damit geht ein Zurückdrängen des Selbstbestimmungsrechtes der Gemeinden und ein successives Aufgeben jener Principien, in denen wir (in Cap. 3 bis 6) die Idee der Gemeindefreiheit gefunden haben. Ihren schärfsten Ausdruck hat diese neue Richtung bisher in dem Gesetze über die Vereinigung der Vororte mit Wien gefunden, in welchem die zwangsweise gänzliche Vereinigung ohne Uebriglassen der Ortschaften vorbehaltslos durchgeführt wurde. Die Nothwendigkeit, kleinere Gemeinden, die sich um große Städte herum aufgebaut haben, diesen, als ihren eigentlichen Lebenscentren, einzuverleiben, wird voraussichtlich ein energisches Fortschreiten auf der betretenen Bahn zur Folge haben. Trotzdem somit die hier auseinandergesetzten Principien zu verblassen beginnen, schien es nicht unwerth, dieselben in ihrer ganzen Schärfe darzulegen.

samer Weise das Zustandekommen solcher zwangsweisen Geschäftsführung sichern, so mußte es die Bildung der Organe nöthigenfalls auch ohne Beihilfe der Gemeinde sichern. Dies ist nun auch in allen Landesgesetzen geschehen, indem in letzter Instanz anderen Factoren als der Gemeinde selbst die Bestellung dieser Organe überlassen ist.[1])

Damit gelangen wir zu der Erkenntnis, daß es Organe der Gemeinde geben kann, die nicht von ihr bestellt sind, und wenn man die Gemeinde einen Selbstverwaltungskörper in dem Sinne nennt, daß die Organe ausschließlich von innen heraus durch sie selbst gebildet werden, so ist diese Behauptung nicht von allgemeiner Giltigkeit.[2])

Aber auch in dem normalen Falle, daß die gemeinsamen Organe von den betheiligten Gemeinden selbst gebildet werden, kann dies, analog wie bei den n. ö. Verwaltungsgemeinden, in der Weise geschehen, daß jede Einzelgemeinde einige der die gemeinsame Verwaltung führenden Organe bestellt. Da die gemeinsamen Organe gleichzeitig als Organe jeder Gemeinde gelten müssen, so tritt auch hier der Fall ein, daß Organe einer Gemeinde von außen her — durch die Nachbargemeinde — bestellt werden.[3])

---

[1]) Vergl. die betr. §§. des 6. Hauptst. der verschiedenen Landes-Gemeinde-Ordnungen.

[2]) Aehnlich Oskar Gluth (Die Lehre von der Selbstverwaltung, Wien 1887) auf Seite 104: „Im Begriffe der Selbstverwaltung ist über den inneren Organismus der Selbstverwaltungskörper (der Gemeinden) nichts enthalten, insbesondere ergibt sich aus diesem Begriffe nicht die Nothwendigkeit des Princips der Wahl der Organe."

[3]) Die gleiche Auffassung bezüglich der Delegationen vertritt Jellinek, Lehre von den Staatenverbindungen, S. 248.

Zwölftes Capitel.

Die Trennung von Gemeinden.

§. 1. Handelt es sich bei der Vereinigung darum, die Kräfte kleiner, schwacher Gemeinden durch eine mehr oder weniger innige Verbindung zur Lösung schwieriger und kostspieliger Aufgaben heranzuziehen, so soll bei der Trennung ein als lästig empfundenes Band, welches ihrer Natur nach nicht zusammengehörige Gebietstheile zur Erfüllung communaler Zwecke umschlingt, gelöst und für eine individuelle Entwickelung Raum geschaffen werden.

Wenn es richtig ist, was wir in früheren Capiteln als das den Bestimmungen über die Vereinigung zu Grunde liegende legislativpolitische Princip hingestellt haben, daß nämlich das Reichsgesetz vor Allem darauf bedacht war, die Individualität der Gemeinden zu schützen, ihnen einerseits die Freiheit zu lassen, sich zu vereinigen, andererseits sie nur dann unter das Joch der Vereinigung zu zwingen, wenn ihre Kräfte nicht ausreichen, sich selbst zu verwalten, und die Vereinigung nur insoweit sich erstrecken sollte, als sie unbedingt geboten war — wenn diese Grundsätze richtig sind, dann werden sie, wo es sich um die Kehrseite des Bildes handelt, bei der Trennung in entsprechender Weise zur Geltung gelangen. Folgerichtig werden sie bei der Trennung die Wirkung haben, daß, wenn jene ökonomischen und geistigen Kräfte vorhanden sind, welche die individuelle Entwickelung als gesichert er-

scheinen lassen, die Trennung nicht mehr gehindert wird, und daß die Bande, welche fesseln, nur so lange unlöslich sind, als diese Mittel fehlen.

Abgesehen von der Aufstellung dieses legislativ-politischen Grundsatzes haben wir bei der Betrachtung der Vereinigung bestimmte Rechtssätze deducirt und aus den Letzteren Folgerungen gezogen, von denen wir uns eine Erkenntnis des Wesens der Gemeinde versprachen.

Während nun die Wiederkehr desselben politischen Principes, das bei der Vereinigung galt, bei den legislativen Bestimmungen über die Trennung an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Gesetzgeber sich bei der Behandlung analoger Partien einer gewissen Folgerichtigkeit bewußt war, ist die Frage, ob die von uns aufgestellten Rechtssätze bei der Trennung der Gemeinden ihre Bestätigung finden, unabhängig von einer derartigen Erwägung; denn diese Rechtssätze sollen ja eben das Wesen der österreichischen Gemeinde erklären, und wenn sie sich bei der Betrachtung einer neuen Seite dieses Gebildes als unhaltbar erweisen sollten, so wäre damit ihre Unrichtigkeit erwiesen.

Das politische Princip also wird wahrscheinlich wieder zur Geltung kommen, und in seiner Wiederkehr werden wir die Folgerichtigkeit, die Consequenz des Gesetzgebers anerkennen. Die juristischen Formeln hingegen müssen wiederkehren, sollen sie nicht falsch sein.

§. 2. Von diesem zweifachen Gesichtspunkte aus möge die Trennung der Gemeinden betrachtet werden.

Die denkbaren Formen entsprechen jenen der Vereinigung (Cap. 2); nur hat man hier noch weiters zu unterscheiden, daß einerseits die durch Vereinigung geschaffenen Formen durch die Trennung wieder aufgelöst werden können, andererseits daß auch abgesehen von dieser Voraussetzung, eine Trennung vor sich gehen kann.

1. Der losesten Vereinigungsform durch Schaffung gemeinsamer Organe entspricht eine Trennungsform, welche diese gemeinsamen

Organe zerstört und jeder Gemeinde ihre Sonderorgane wiedergibt; andererseits kann als Analogon der Geschäftsführung durch gemeinsame Organe das Entstehen abgesonderter Organe für bestimmte Gebietstheile als die am wenigsten einschneidende Trennungsform hergestellt werden.

2. Weiters können bestehende Verwaltungsgemeinden aufgelöst und die ursprünglichen Einzelgemeinden wieder zu Ortsgemeinden restituirt werden, und umgekehrt können innerhalb einer Gemeinde Untergemeinden entstehen, denen gegenüber jene nur mehr als Gesammt- (Verwaltungs-) Gemeinde fortbesteht.

3. Endlich können bei früher gänzlich vereinigten Gemeinden die restirenden Ortschaften neuerlich als Gemeinden reconstruirt werden, so daß die Vereinigungsgemeinde verschwindet, und andererseits kann eine solche Auflösung einer großen Gemeinde durch gänzliche Trennung in neue selbstständige Einzelgemeinden erfolgen, ohne daß dieser Trennung eine Vereinigung vorausgegangen wäre.

§. 3. Wenden wir unser Augenmerk zunächst auf die vollständige Trennung, die sich als eine „Wieder"-Trennung nach erfolgter gänzlicher Vereinigung, oder als eine „Neu"-Trennung innerhalb einer seit jeher einheitlichen Gemeinde darstellen kann.

Diese beiden Subformen enthält auch der §. 3 der verschiedenen Landesgemeindeordnungen, welcher — im Großen und Ganzen übereinstimmend mit der Regierungsvorlage — lautet:

„§. 3. Gemeinden, welche in Folge des Gesetzes vom 17. März 1849 mit anderen in Eine Gemeinde vereinigt wurden, können durch das Landesgesetz wieder getrennt und abgesondert zu Ortsgemeinden constituirt werden, wenn jede dieser auseinander zu legenden Gemeinden für sich die Mittel zur Erfüllung der ihr aus dem übertragenen Wirkungskreise (§. 28) erwachsenen Verpflichtungen besitzt. (Art. VII des Gesetzes vom 5. März 1862.)

Dieſer Trennung muß jedoch eine vollſtändige Auseinanderſetzung des gemeinſchaftlichen Vermögens und Gutes und der gemeinſchaftlichen Laſten vorhergehen.

Unter denſelben Bedingungen kann eine Ortsgemeinde auch außer dem erwähnten Falle durch das Landesgeſetz in zwei oder mehrere Ortsgemeinden aufgelöſt werden."

Dieſe Geſetzesſtelle legt nun allerdings den Gedanken nahe, daß für die Trennung das entgegengeſetzte legislativ-politiſche Princip maßgebend war, wie für die Vereinigung. Den Worten des §. 2: „Gemeinden können ſich vereinigen", ſteht in §. 3 die Beſtimmung gegenüber: „Gemeinden können durch Geſetz getrennt werden"; während bei der Vereinigung die Freiheit, ſcheint hier der Zwang das maßgebende Princip zu ſein. Es möge nun der gewiß ſchwierige Verſuch unternommen werden, eine dem anſcheinend klaren und unzweifelhaften Geſetzestexte entgegenſtehende Erklärung zu begründen.

Schon eine oberflächliche Betrachtung des §. 3 der Gemeindeordnungen zeigt die Monſtroſität, die vom Standpunkte der Geſetzestechnik darin liegt, daß im 1. Abſatz die Trennung unter einer ganz beſtimmten Vorausſetzung — nämlich bei Gemeinden, welche nach dem Geſetze vom Jahre 1849 vereinigt wurden — geſtattet wird, während im 3. Abſatz die gleiche Trennung auch ohne dieſe Vorausſetzung — „auch außer dem erwähnten Falle" — zuläſſig erklärt wird, notabene unter ſonſt ganz gleichen Bedingungen!

Zuerſt wird deutlich ausgeſprochen: „Gemeinden, welche nach 1849 vereint wurden, können getrennt werden" — und dann heißt es — „andere Gemeinden auch"; zuerſt wird ein Specialfall genau regulirt und dann unter ganz gleichen Modalitäten das Genus!

Nun kann dieſe Eigenthümlichkeit vom rein geſetzes-techniſchen Standpunkte ſehr einfach dadurch erklärt werden, daß §. 3, Abſ. 1

ein wörtlicher Abdruck des Reichsg.-Ges. Art. VII, Abs. 2 ist; da die Landesgesetzgebung sich zumeist bemüht hat, das Reichsgesetz in respectvoller Weise wörtlich[1]) aufzunehmen, habe man, um eine Störung des reichsgesetzlichen Textes zu vermeiden, den erweiternden Zusatz bezüglich aller anderen Gemeinden einfach in einem Schlußsatze nachgesetzt.

So sehr diese Erklärung dem bewußten Sichunterordnen der Landes- unter die allgemeinen Reichsgesetze entspricht, so gelangt man durch sie sogleich in eine viel größere Schwierigkeit. Wenn nämlich dem Reichsgesetze, Art. VII, Abs. 2, die zunächst liegende Auslegung gegeben wird, daß nur solche Gemeinden, die nach dem Gesetze von 1849 vereint waren, getrennt werden können, also nur ein „Wieder"-Trennen zulässig sei, dann klingt es geradezu wie ein Hohn auf die Reichsgesetzgebung, wenn das Landesgesetz, gleich nachdem es

[1]) Ein merkwürdiges Beispiel für die obige Bemerkung, daß die Landesgesetzgebungen einzelne Bestimmungen des Reichsgemeindegesetzes wörtlich recipirt haben, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, daß diese Bestimmungen in dem geänderten Zusammenhange eine ganz andere Bedeutung erhalten, bietet Art. III Abs. 2 des Reichsgemeindegesetzes und der Paragraph über die Behandlung der Auswärtigen im 2. Hauptstücke der Landesgemeindeordnungen (§. 10 der Regierungsvorlage und der meisten Landesgesetze, §. 12 in Niederösterreich, §. 11 in Salzburg, Böhmen, Görz, Mähren, Tirol, §. 9 in Dalmatien und Oberösterreich). Jener Art. III sagt: „Die Gemeinde darf Auswärtigen .... den Aufenthalt in ihrem Gebiete nicht verweigern, so lange dieselben mit ihren Angehörigen einen unbescholtenen Lebenswandel führen ꝛc." Im Reichsgesetze waren Auswärtige gedacht im Gegensatze zu den Heimathsberechtigten, es sind die Nichtzuständigen. In den Landesgemeindeordnungen jedoch bedeutet (nach §. 6) Auswärtige nicht mehr alle jene, die nicht zuständig sind, sondern jene, die weder zuständig noch Genossen sind, — die Nichtmitglieder. Das Reichsgesetz gestattet den Gemeinden die Nichtzuständigen beim Eintreffen gewisser Voraussetzungen auszuweisen. Das Landesgesetz nahm denselben Wortlaut auf und beschränkte das Ausweisungsrecht dadurch auf die Nichtmitglieder!

jene Beſtimmung wörtlich abgedruckt hat, hinzufügt: „In allen anderen Fällen iſt dasſelbe möglich.“

Bevor jedoch der Vorwurf ſo eclatanter Reichsgeſetzwidrigkeit gegen ſämmtliche Landesgeſetzgebungen erhoben wird, muß doch der Verſuch gemacht werden, ob nicht Art. VII, Abſ. 2 des Reichsgemeindegeſetzes einer anderen Auslegung fähig ſei, ob alſo etwa dieſer Artikel — entgegen ſeinem Wortlaute — nicht doch eine Trennung in anderen als den daſelbſt aufgeführten Fällen ermöglicht; und Art. VII iſt einer ſolchen erweiternden Auslegung fähig, wie ſogleich gezeigt werden ſoll.

Art. VII, Abſ. 2 ſteht in einem eigenthümlichen Gegenſatze zu Art. VII, Abſ. 1. Abſ. 1 handelt von der Vereinigung zu gemeinſchaftlicher Geſchäftsführung, Abſ. 2, der mit dem Worte: „Ebenſo“ ſich daran anſchließt, handelt nicht etwa von der Auflöſung der gemeinſchaftlichen Geſchäftsführung, ſondern von der gänzlichen Trennung — alſo von einer ganz verſchiedenen Materie, und wenn er mit dem Worte: „ebenſo“ an das Frühere anknüpft, ſo iſt naheliegend, daß bei der Verſchiedenheit der Materien es die Gemeinſchaftlichkeit einer Idee iſt, welche die beiden Geſetzesbeſtimmungen mit einander verbindet. Nach heftigen Debatten war Art. VII, Abſ. 1, welcher den Gemeinden die Freiheit wahrt, ſich zu gemeinſchaftlicher Geſchäftsführung zu vereinigen, und einen Zwang nur in dem Falle ausgeübt wiſſen will, als die Gemeinden unfähig ſind, den übertragenen Wirkungskreis auszuüben, im Abgeordnetenhauſe durchgeſetzt worden. Da erinnerte man ſich, daß ja nach dem Reichsgemeindegeſetze vom Jahre 1849 viele Gemeinden gewaltſam vereinigt worden waren, daß dieſe Feſſel noch jetzt dieſe Gemeinden drücke, und es kam der Gedanke, daß dieſe Gemeinden, nachdem das Reich ſie zuſammengelegt hat, nicht vom Lande getrennt werden können, wenn nicht das Reich dieſe Feſſel löſe.

Ebenso wie nach Abs. 1 die Freiheit, sich zu vereinigen, grundsätzlich gewahrt war und ein Zwang zur Vereinigung nur eintreten sollte, wenn und insolange die Mittel fehlen, „ebenso" sollte nach Abs. 2, sobald die Mittel wieder da sind, der Trennung keine reichsgesetzliche Bestimmung im Wege stehen.

So erscheint Art. VII, Abs. 2 in einem ganz anderen Lichte; er will gar nicht die einzig mögliche Form der Trennung festsetzen, sondern nur speciell jenes Hindernis beseitigen, welches das Reich selbst geschaffen hatte.

Es lag darin eine Ermächtigung an die Landesgesetzgebung, trotz früherer reichsgesetzlicher Zwangsvereinigung im Interesse der Selbstständigkeit und Freiheit die zusammengebundenen Gemeinden wieder frei zu machen; war dies der Inhalt des Reichsgesetzes, dann konnte das Landesgesetz in einem weiteren Absatze unbedenklich sagen, daß auch „außer dem (vom Reichsgesetz) erwähnten Falle" eine Trennung möglich sei; wenn auch vom Standpunkte der Gesetzestechnik eine Monstrosität, war diese Bestimmung inhaltlich gerechtfertigt.

Dann aber ist die jener reichsgesetzlichen Bestimmung zu Grunde liegende Idee keineswegs die: während die Gemeinden sich selbst vereinigen, kann das Landesgesetz sie beliebig trennen; vielmehr ist mit dem Gedanken, daß hier ein Hindernis für die Trennung hinweggeräumt werden sollte, ganz wohl vereinbar, daß die Vornahme der Trennung doch nur auf Grund eines Willensactes der Gemeinde selbst vorgenommen werden könne. Diesem Gedanken aber gibt die sogleich folgende Anordnung bestimmten Ausdruck, welche besagt: „Dieser Trennung muß jedoch eine vollständige Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens und Gutes und der gemeinschaftlichen Lasten vorhergehen." Eine solche Vermögensauseinandersetzung jedoch ist nach dem in Cap. 4 und 5 bereits Gesagten ein Act der Selbst-

bestimmung der Gemeinden, und somit gelangen wir zu dem Resultate, daß auch die Trennung in erster Linie von dem Willen der Gemeinden abhängt, wenn auch, nachdem die Gemeinden die erforderlichen Voraussetzungen durch eigene Willensacte erfüllt haben, die Zustimmung des Landesgesetzgebers erforderlich ist.[1])

§. 4. Wichtiger als der Nachweis von dem Vorhandensein desselben legislativ-politischen Principes, erscheint jedoch jener, daß die bei der Vereinigung aufgestellten Rechtssätze bei der Trennung wiederkehren, daß nämlich 1. durch die politische Vereinigung nicht die juristische Person der bisherigen Gemeinden A und B untergehe, vielmehr 2. lediglich die Eigenschaft Ortsgemeinde, politische Gemeinde zu sein, ihnen abhanden komme; 3. daß eine Universalsuccession nicht stattfinde, und 4. dieser Act überhaupt keine directen privatrechtlichen Folgen habe; — diese Grundsätze müssen sich, wenn sie richtig sind, auch bei der Trennung von Gemeinden bewähren.

Auch für diesen Nachweis ist es von Nutzen hervorzuheben, daß das Gesetz als die regelmäßige Form der Trennung, die Wiederherstellung des früheren Zustandes, das „Wieder-Trennen" ansieht (§. 3,

[1]) Uebrigens enthalten mehrere Landesgesetze ausdrückliche Bestimmungen, welche zeigen, daß man auch bei der Trennung, obwohl sie durch Gesetz erfolgt, dem Gedanken treu blieb, daß auch diese Aenderung im Bestande der Gemeinde von ihr selbst ausgehen müsse. So vor allem Vorarlberg, welches dem im Texte S. 105 f. wörtlich citirten §. 3 in naiver Weise einen weiteren Absatz hinzufügt: „Zu einem solchen Gemeindebeschlusse (obwohl vorher von einem Gemeindebeschlusse nicht die Rede war) wird die Zustimmung von zwei Drittheilen der in der Gemeinde zur Wahl des Ausschusses Stimmberechtigten erfordert ...." Desgleichen spricht Böhmen (L.-G. v. 26. Nov. 1874, Nr. 87, von einer „Bewilligung" und von „Abweisung der Gesuche" um Trennung, und Krain (L.-G. v. 21. Aug. 1888, Nr. 23) verlangt ein „Ansuchen der Gemeinden".

Abſ. 1 der Landes-Gemeindegeſetze). Die noch als Ortſchaften fortlebenden einſtigen Gemeinden ſollen bei der regelmäßigen Form der Trennung wieder als abgeſonderte Ortsgemeinden conſtituirt werden. Es ſchwebt daher dem Geſetzgeber eine höchſt einfache Form der Trennung als Regel vor, in der jene juriſtiſchen Perſonen die verlorene Gemeindequalität wieder erlangen, und bei welcher eine privatrechtliche Succeſſion das eine Mal ſo wenig wie das andere Mal erforderlich iſt.

Da aber auch „außer dem Eingangs erwähnten Falle“ eine Trennung möglich iſt, ſo muß auch der complicirtere Fall einer gänzlichen Neuerſtehung juriſtiſcher Perſonen durch Trennung einer Gemeinde ins Auge gefaßt werden.

Es wäre formell ganz gut denkbar geweſen, daß die zu trennende Ortsgemeinde C als juriſtiſche Perſon beſtehen bliebe und lediglich die Gemeindequalität verliere, welch letztere an die neu entſtehenden Rechtsſubjecte A und B übergeht.

Allein dem praktiſchen Blicke des Geſetzgebers war mit der Fortexiſtenz ſolcher rudimentärer Körperſchaften nicht gedient. Die bei der Vereinigung der Gemeinden A und B übrigbleibenden Körperſchaften, die Ortſchaften, hatten doch noch gewiſſe Aufgaben im engeren Kreiſe zu erfüllen, und darum konnte der Geſetzgeber ſie beſtehen laſſen; die bei der Trennung der Gemeinde C etwa übrig bleibende Körperſchaft hätte gewiß keine praktiſche Exiſtenzberechtigung gehabt.

Die Landesgeſetzgebung hatte demnach, wollte ſie die Trennung einer Gemeinde überhaupt ermöglichen, das doppelte Problem zu löſen, nicht nur die Univerſalſucceſſion, zu welcher ihr, wie oft erwähnt, die Competenz fehlte, zu vermeiden, ſondern auch darauf hinzuwirken, daß die zu trennende Gemeinde C bei dieſem Anlaſſe gänzlich — ſo-

wohl als Gemeinde, wie als juriſtiſche Perſon — aus der Welt geſchafft werde.

Die Löſung dieſes Problems hat §. 3 der Gemeindeordnungen in ganz correcter Weiſe gefunden, indem er nicht etwa wie §. 2 ein „Uebereinkommen über Beſitz und Genuß" verlangt, ſondern ausſpricht, daß eine vollſtändige Auseinanderſetzung des gemeinſchaftlichen Gemeindeeigenthums und der gemeinſchaftlichen Laſten vorhergehen müſſe.

Wie dieſe Auseinanderſetzung vollzogen werde, kümmert die Landesgeſetzgebung nicht, und zwar mit Recht, da ſie auf privatrechtliche Anſprüche Dritter keinen Einfluß nehmen kann; aber die Auseinanderſetzung muß erfolgt, jeder Anſpruch Dritter geklärt oder bereits auf die neuen Gebilde übergegangen ſein: dann erſt kommt das Landesgeſetz und ſpricht die Zuſtimmung zur Trennung aus. Hier wird alſo die Zertrümmerung der juriſtiſchen Perſon als das bedingende Moment gefordert, und keineswegs iſt es das die Trennung ausſprechende Landesgeſetz, welches den Uebergang der Rechte und Pflichten herbeiführen würde.

Es zeigt ſich alſo bei der Trennung dasſelbe Princip wirkſam, welches wir ſchon bei der Vereinigung ausgeſprochen haben: eine Univerſalſucceſſion findet hier ſo wenig wie dort ſtatt; bei der Vereinigung nicht, weil die urſprünglichen Gemeinden als juriſtiſche Perſonen fortbeſtehen können, bei der Trennung nicht, weil erſt, wenn die vollſtändige Auseinanderſetzung, die Auflöſung der juriſtiſchen Perſon der zu trennenden Gemeinde gelungen iſt, die Trennung vor ſich geht.

§. 5. Als die zweite Trennungsform haben wir jene bezeichnet, wonach innerhalb der Gemeinde Untergemeinden entſtehen; wenn dieſe Form Leben gewinnen würde, ſo müßte die bisherige einheitliche Gemeinde einen Theil ihres Wirkungskreiſes zu Gunſten der Unter-

gemeinden aufgeben, und weder diese neuen Untergemeinden, noch auch die restirende Obergemeinde könnte den Wirkungskreis der Ortsgemeinde, wie ihn das Reichsgemeindegesetz umgränzt hat, haben. (Cap. II dieser Abhandlung.) Daraus folgt, daß die gleichen Hindernisse, welche nach Cap. II und X der Vereinigung von Gemeinden zu Sammtgemeinden entgegenstanden, der dieser Vereinigungsform analogen Form der Trennung gegenüber obwalten. — Daß die ursprünglichen Landesordnungen in der That keine solche Trennungsform eingeführt haben, bildet umsomehr eine Bestätigung von der Stichhaltigkeit dieser Bedenken, als das ältere Gemeindegesetz von 1849 dieses Institut kannte.[1])

Trotzdem also schon im älteren Reichsgesetze von 1849 die Möglichkeit einer derartigen Neubildung im Innern der Gemeinden vorgesehen war, müssen die auf dem Reichsgesetze von 1863 basirenden Landesgemeindegesetze aus rein formalen Gründen darauf verzichten, diesen Gedanken weiterzuführen. Da andererseits zumal bei großen und weit ausgedehnten Gemeinden nach wie vor das Bedürfnis nach einem solchen Unterbau innerhalb der Gemeinden vorhanden war, so ist es von besonderem Interesse zu beobachten, wie das reale Bedürfnis allen formalen Schranken zum Trotz sich in einer ganz neuen Richtung Geltung zu verschaffen wußte.

In den verschiedenen Landesgemeindeordnungen findet sich ein

---

[1]) Vergl. §. 5 dieses Gesetzes: „Gemeinden mit bedeutender Volkszahl steht das Recht zu, sich in Fractionen zu theilen, und denselben zur Erleichterung der Verwaltung einen gewissen Wirkungskreis zuzuweisen."

[2]) So: Böhmen §. 54, Istrien, Kärnten, Schlesien, Tirol, Vorarlberg §. 51, Oberösterreich §. 49, Salzburg §. 52; ähnlich: Niederösterreich §. 31, Bukowina §. 51, Galizien §. 53, Görz §. 51, Krain §. 52, Mähren §. 51, Steiermark §. 48.

Paragraph, welcher von im Bedarfsfalle zu bestellenden, örtlichen Hilfsorganen des Gemeindevorstehers handelt, und der ziemlich übereinstimmend, conform der Regierungsvorlage, lautet[2]):

„§. 51. Insoweit es zur leichteren Versehung der ortspolizeilichen und anderen örtlichen Geschäfte erforderlich ist, kann der Ausschuß für einzelne Theile der Gemeinde dort wohnende wählbare Gemeindemitglieder zur Unterstützung des Gemeindevorstehers bei Besorgung der gedachten Geschäfte bestellen.

Die Bestellung erfolgt über Vorschlag des Gemeindevorstehers auf die Dauer der Wahlperiode. Bezüglich der Annahme oder Ablehnung dieser Bestellung gelten die Vorschriften des §. 19.

Die Bestellten haben sich bei Besorgung der Geschäfte nach den Weisungen des Gemeindevorstehers zu benehmen."

Hienach können also Organe für einzelne räumlich gesonderte Gebietstheile geschaffen werden; der principielle Unterschied dieser Gesetzesbestimmung zum Reichsgesetze ex 1849 liegt darin, daß keineswegs jene Gebietstheile zu juristischen Persönlichkeiten mit eigenem Wirkungskreise und eigenen Organen erhoben werden, sondern daß lediglich neue Organe in der Gemeinde entstehen.

Die eigenthümliche Stellung dieser nur im Bedarfsfalle zu creirenden localen Organe wird am Besten erkannt durch einen Vergleich des soeben citirten §. 51 mit jenem Paragraph (§. 49 der Regierungsvorlage), welcher von den stets vorhandenen Hilfsorganen des Gemeindevorstehers, den Gemeinderäthen, handelt, und welcher in allen Landesgemeindeordnungen ziemlich übereinstimmend lautet:

„§. 49. Der Gemeindevorsteher leitet und beaufsichtigt alle dem Gemeindevorstande obliegenden Geschäfte. Die Gemeinderäthe haben ihn hierin zu unterstützen und die Geschäfte, die ihnen der

Gemeindevorsteher zuweiset, nach der Anordnung und unter der Verantwortlichkeit desselben zu vollziehen."

Da die Gemeinderäthe den Vorsteher zu unterstützen und die Geschäfte, die er ihnen zuweist, zu vollziehen haben, so folgt daraus, daß der Vorsteher sich ihrer Unterstützung bedienen kann — sofern es ihm beliebt. Er kann ihnen mehr oder weniger Agenden zuweisen, je nachdem er selbst zu erhöhter eigener Thätigkeit bereit ist oder nicht. Beispielsweise kann er dem einen oder dem anderen Gemeinderathe die Handhabung des Meldungswesens, die Ausstellung der Viehpässe u. dergl. übertragen und diese Geschäfte sofort wieder an sich ziehen, und den ihm minder geeignet erscheinenden Gemeinderath „kalt stellen".

Ganz anders verhält es sich mit den Hilfsorganen des §. 51. Wenn es in einer räumlich ausgedehnten Gemeinde schwer fällt, die Meldungen fallweise dem Bürgermeisteramte zu erstatten oder die Viehpässe dortselbst einzuholen, und daher die Hilfsorgane des §. 51 eingeführt wurden, so liegt es schon in der Natur der Sache, daß der Gemeindevorsteher sich dieser Organe nicht mehr wird entschlagen können, indem er seine Bereitwilligkeit erklärt, die Meldungen selbst entgegen zu nehmen, die Viehpässe persönlich auszustellen 2c. 2c.[1])

[1]) Diesem Gedanken trägt das Gesetz durch eine feine Unterscheidung Rechnung, indem es in §. 51 nicht mehr wie in §. 49 von „dem Vollzuge zugewiesener Geschäfte", sondern „von der Versehung der ortspolizeilichen und anderen örtlichen Geschäfte" spricht; der „Vollzug zugewiesener Geschäfte" deutet mehr die Ausführung specieller Befehle an, während die „Versehung von Geschäften" ein ganz passender Ausdruck dafür ist, daß diese Organe einen ganzen Complex von Thätigkeiten von Anfang bis zu Ende durchzuführen haben; auch wird hinzufügt, daß diese Organe für die Dauer der Wahlperiode bestellt sind.

Es ist nur eine Consequenz des vorhin Gesagten, wenn die Art und Weise, in der die Gemeinderäthe und jene „Hilfsorgane" vorzugehen haben,

Während also die Gemeinderäthe Organe sind, welche zur persönlichen Unterstützung des Gemeindevorstehers dienen sollen, sind diese Hilfsorgane des §. 51, obwohl nach dem Wortlaute des Gesetzes gleichfalls „zur Unterstützung des Gemeindevorstehers" bestimmt, in der That etwas ganz Anderes.

---

ganz verschieden normirt ist. Während die Gemeinderäthe die ihnen zugewiesenen Geschäfte „nach den Anordnungen des Gemeindevorstehers" zu vollziehen haben, haben die Hilfsorgane „sich nach den Weisungen desselben zu benehmen". Gewiß darf dieser sprachlichen Unterscheidung ein verschiedener Sinn beigelegt werden; es liegt in der Anordnung ein concreter, specieller Befehl, der jede Einzelhandlung erfassen kann, in der Weisung hingegen eine mehr allgemeine Andeutung über ein künftiges Verhalten, eine allgemein gehaltene Instruction.

Und dies entspricht auch vollkommen der vorher präcisirten Stellung beider Kategorien; die Gemeinderäthe sind nur insoweit thätig, als der Gemeindevorsteher es will; sie arbeiten gleichsam unter seinen Augen, helfen meist nur stückweise aus; jene anderen Organe aber, die räumlich entfernt sind, besorgen eine Reihe Geschäfte von Anfang bis zu Ende, und er erfährt von der Amtshandlung erst, wenn sie längst vollzogen ist.

Daraus folgt weiters, daß der Gemeindevorsteher nicht in der Lage ist, für die einzelnen Geschäfte der räumlich entfernten Hilfsorgane die Verantwortung zu übernehmen; ganz anders bezüglich der Gemeinderäthe; und sehr richtig finden wir in §. 49 die Bestimmung, daß die Gemeinderäthe unter seiner, des Gemeindevorstehers, „Verantwortlichkeit" amtshandeln, während in §. 51 hievon kein Wort steht.

Dies könnte umso merkwürdiger erscheinen, als der Bürgermeister die Hilfsorgane des §. 51 selbst dem Ausschusse in Vorschlag bringt, während die Gemeinderäthe, für deren Thätigkeit er die Verantwortlichkeit trägt, ihm ohne sein Zuthun aufoctroyirt werden, und ihm bezüglich derselben kein Vorschlagsrecht zusteht, — wenn nicht für alle diese feinen Unterscheidungen des Gesetzes ein gemeinsamer Erklärungsgrund vorläge.

Sie werden geschaffen, nicht sowohl zur Erleichterung der Geschäftslast des Gemeindevorstehers, als zur Bequemlichkeit der Gebietstheile und ihrer Inwohner. Dasselbe Bedürfnis, das 1849 zur Bildung von Fractionen führte, schafft unter dem Drucke des jeder Untertheilung des Gemeindebegriffes feindlichen Reichsgesetzes von 1863 nur mehr locale Organe. Die Landesgesetze mußten den Gedanken fallen lassen, innerhalb der Gemeinde Untergemeinden zu schaffen; sie haben gerettet, was zu retten war, indem sie neue Organe der Gemeinde schufen, und somit erscheint §. 51 als das Resultat eines höchst eigenthümlichen Rückbildungsprocesses. Diese Hilfsorgane sind gleichsam die rudimentären Ueberbleibsel der untergegangenen Fractionen, und nur in der größeren Selbstständigkeit, die sie dem Gemeindevorsteher gegenüber im Vergleich zu anderen Hilfskräften, den Gemeinderäthen haben, in dem Umstande, daß sie einen, wenn auch Namens der Gemeinde geübten Wirkungskreis haben, in dem sie nicht lahm gelegt werden können, und in den früher angeführten feineren Unterscheidungsmerkmalen erkennt man noch ihre historische Stellung. Nicht so ganz mit Unrecht bezeichnet sie der Volksmund noch immer als „Ortsvorsteher".

§. 6. Für unsere Betrachtung aber haben diese Hilfsorgane insoferne eine besondere Bedeutung, als sie uns die zuerst erwähnte Art der in §. 2 dieses Capitels als möglich bezeichneten Trennungsformen repräsentiren. Im Gegensatz zu der bei der Vereinigung in Cap. XI erwähnten Form, wo die Organe mehrerer Gemeinden zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung vereint werden, sehen wir hier getrennte Organe einer Gemeinde, — eine getrennte Geschäftsführung. Wir erkennen es als eine Eigenschaft der Gemeinde, daß sie aus ihrem Innern heraus, zwar nicht Untergemeinden, aber neue Organe schaffen kann.

Selbstverständlich können auch die beiden letzterwähnten Formen der

Trennung sich als contrarius actus gegenüber den entsprechenden Vereinigungsformen darstellen, welche entstehen durch Vereinigung zur Sammtgemeinde und durch die gemeinschaftliche Geschäftsführung, indem eine Wiederauflösung jener Sammtgemeinden, beziehungsweise der gemeinsamen Organe eintritt. Es wiederholen sich hiebei die bereits besprochenen Erscheinungen. Das Reichsgesetz hat in Art. VII, Abs. 1 die Trennung der Organ-Vereinigung vorgesehen, indem es der Landesgesetzgebung das Recht des Zwanges nur „für solange" eingeräumt hat, „als dies" (nämlich der Mangel der Mittel für den übertragenen Wirkungskreis) „der Fall ist". — Umsomehr muß gefolgert werden, daß die Gemeinden, welche sich freiwillig zu gemeinsamer Geschäftsführung geeinigt haben, sich wieder trennen können.

Indem die Landesgemeindeordnungen im VI. Hauptstücke die reichsgesetzlichen Bestimmungen des Art. VII, Abs. 1 wörtlich recipirt und der Trennung keiner besonderen Erwähnung gethan haben, muß gefolgert werden, daß sie dieses Princip der Freiheit angenommen haben, und daß der freiwilligen Vereinigung die freiwillige Trennung durch den Willen der Gemeinden entspricht[1]), während allerdings die durch Landesgesetz herbeigeführte zwangsweise Vereinigung zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung nur durch ein Landesgesetz gegentheiligen Inhaltes wieder gelöst werden kann.

---

[1]) Bereits in Cap. 11 Anmerk. 1 Seite 99 wurde angeführt, daß der Verwaltungsgerichtshof die gegentheilige Anschauung in dem Erk. vom 26. Juni 1885, Z. 1737 (Budw. Nr. 2634) vertritt. Ebenso Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 12. Dec. 1889, Z. 4105 (Budw. Nr. 5017).

Dreizehntes Capitel.

Oeffentlich-rechtliche Folgen der Vereinigung und Trennung.

§. 1. Bisher wurde und zwar mit Absicht nur die Frage behandelt, ob ein Uebergang privatrechtlicher Verhältnisse als Folge der gänzlichen Vereinigung und Trennung von Gemeinden eintrete, weil diese Untersuchung am meisten geeignet schien, ein Moment zur Vergleichung von Gemeinde und Ortschaft zu bieten und damit ein Begriffselement der Gemeinde selbst klarzustellen. Es ist jedoch selbstverständlich, daß mit der einseitigen Untersuchung der privatrechtlichen Successionsfrage eine zweite naheliegende Frage, was denn mit den Rechtsverhältnissen publici juris geschehe, in welchen die Gemeinde sich befindet, keineswegs gelöst ist.

Wir haben den Satz aufgestellt, daß bei der Vereinigung der Gemeinden A und B zu C letztere keineswegs als Privatrechtsnachfolgerin der Gemeinden A und B anzusehen sei, insoferne nicht etwa Vertragsverhältnisse obwalten, die zwar aus Anlaß der Vereinigung als Nebenerscheinungen mit unterlaufen können, jedoch keineswegs als Folge derselben anzusehen sind, und ebenso wurde gezeigt, daß bei der Trennung eine andere als vertragsmäßige Singular-Succession gleichfalls nicht stattfinde.

Es fragt sich nun, ob eine ähnliche Erscheinung auch bezüglich der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse beobachtet werden könne oder nicht.

§. 2. Vor Allem gibt es eine Reihe öffentlich-rechtlicher Verhältnisse, welche mit jenen des Privatrechtes eine solche Aehnlichkeit besitzen, daß die Anwendbarkeit gleicher Grundsätze, wie wir sie bei der Frage der privatrechtlichen Succession beobachtet haben, ohne weiters zugegeben werden kann, z. B. die öffentlichen Pflichten der Gemeinde, dem Staate, dem Lande Steuern zu zahlen in ihrer Eigenschaft als Grundbesitzerin, Gewerbsunternehmerin ꝛc.

Hier ist es nicht die Eigenschaft der Gemeinde als solcher, welche das Verpflichtungsverhältnis hervorgerufen hat, sondern ihre Stellung als Grundbesitzerin ꝛc., kraft deren sie nicht anders behandelt wird wie jeder andere Steuerträger, und wie bei letzterem handelt es sich um die Deckung einer in ihren Wirkungen der privatrechtlichen Obligation nahekommenden Schuld. Der Fiscus wird sich bezüglich der laufenden Steuern an den jeweiligen Grundeigenthümer halten, also an die Ortschaft, wenn diese die Grundstücke nach der Vereinigung fortbesitzt, hingegen an die neue Gemeinde, wenn die Grundstücke an diese bei der Vereinigung oder Trennung übergegangen sind.

Die Frage, ob bei Vereinigung und Trennung ein Successionsverhältnis dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht der Steuerzahlung eingetreten sei, taucht erst auf, wenn es sich um Steuerrückstände handelt, die nicht mehr auf dem Grundstücke haften. Verpflichtet war die Gemeinde A, die nach ihrer Vereinigung mit der Gemeinde B zur Gemeinde C als solche, als Gemeinde, nicht mehr existirt. Nach unserer Theorie erscheint es selbstverständlich, daß die nach A restirende Ortschaft diese Rückstände zu zahlen hat, und zwar gleichgiltig, ob sie das betreffende Grundstück noch besitzt, oder dasselbe in Folge des bei der Vereinigung geschlossenen Uebereinkommens an C übergegangen ist. In welcher Weise sie sich mit C abfindet, wird Sache jenes Uebereinkommens sein. Der Fiscus aber kann sich nur an jene

juriſtiſche Perſon halten, welche ſein Schuldner iſt, an eine dritte Perſon nur auf Grund eines privatrechtlichen Titels. Iſt dieſer Schuldner gänzlich untergegangen, wie ſolches bei der Vereinigung eintreten kann und bei der Trennung eintreten muß, dann geht der Gläubiger, falls nicht ein Uebereinkommen ihm die Befriedigung ſeiner Forderung zugeſichert hat, oder das dem Staate durch lex specialis eingeräumte Pfandrecht für Grundſteuerrückſtände geltend gemacht werden kann, leer aus. Der Grund dieſer Erſcheinung iſt eben der, daß die Frage der Rechtsnachfolge in die Leiſtungspflicht ebenſo wie bei anderen Steuerträgern gelöſt werden muß.

Die gleichen Grundſätze gelten, wo die Gemeinde in ihrer Eigenſchaft als Grundbeſitzerin, Steuerzahlerin gewiſſe politiſche Rechte ausübt, z. B. das Wahlrecht in den Reichsrath oder den Landtag. Wer nach der Vereinigung und Trennung Eigenthümer der Grundſtücke iſt oder wird, der iſt nunmehr auch Subject jener politiſchen Rechte. Wenn in der Praxis der Fall häufig vorkommt, daß die politiſche Gemeinde und nicht die in ihr befindliche Ortſchaft jenes Wahlrecht ausübt, obwohl die Baſis des Wahlrechtes Ortſchaftsgrundſtücke ſind, ſo rührt dies daher, daß die Ortſchaft mangels einer eigenen Vertretung von der Gemeinde vertreten wird.

§. 3. An die Betrachtung dieſer Fälle, in denen ein privatrechtliches Verhältnis die Vorausſetzung öffentlicher Pflichten und Rechte bildete, ſchließen ſich ganz nahe jene Fälle an, in denen die Gemeinde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Pflichten eines privatrechtlichen Vermögensobjectes bedarf, und dieſes Letztere um ſeiner einheitlichen Zweckbeſtimmung halber als Einheit angeſehen wird — ich meine die Anſtalt.

Ohne in dieſem Zuſammenhange die rechtliche Natur der Anſtalt erörtern zu wollen, kann ſoviel als ſicher angenommen werden, daß

in derselben die beiden vorerwähnten Elemente vorhanden sind, das Werthobject und die Verwaltungspflicht.

Um den ihr gestellten Verwaltungsaufgaben zu genügen, hat die Gemeinde eine Schule, ein Krankenhaus, ein Armenhaus eingerichtet ꝛc., und es fragt sich nun: Was geschieht, im Falle die Gemeinde durch Vereinigung oder Trennung untergeht, mit diesen Anstalten?

Da ist es nun interessant, daß in §. 2 der Gemeindeordnungen, der von der Vereinigung handelt, diese Anstalten ganz auf die gleiche Stufe mit anderen Vermögensobjecten der Gemeinde gestellt werden indem es heißt „nach vorausgegangenem Uebereinkommen über den Besitz und Genuß ihres Eigenthums, ihrer Anstalten und Fonde".

Wir können in dieser Gesetzesstelle eine gewichtige Bestätigung unserer Thesen über die mangelnde Succession bei der Vereinigung von Gemeinden erblicken, indem der Uebergang der Anstalten von der früheren Gemeinde an die vereinigte Gemeinde genau ebenso von dem Inhalte des Uebereinkommens abhängig gemacht wird, wie der Uebergang sonstigen Gemeindeeigenthums. Es wird also, falls nichts Anderes abgemacht würde, die Anstalt nicht der Vereinigungsgemeinde zufallen, sondern der restirenden Ortschaft verbleiben. Allein eben jene Gleichstellung der Anstalt mit dem übrigen Gemeindeeigenthum in §. 2 der Gemeindeordnung deutet schon darauf hin, daß die Anstalt nur quoad Vermögensobject der Ortschaft verbleiben könne, während die Frage, ob jene Verwaltungsaufgaben, um derentwillen die Schule, das Armenhaus, die Krankenanstalt errichtet wurden, nun auch der Ortschaft zukommen, damit keineswegs berührt wurde.

Nun ist es klar, daß die Pflicht, Arme zu erhalten, Kranke zu verpflegen ꝛc., nicht daraus abgeleitet werden kann, daß ein Armenhaus, ein Spital ꝛc. besteht, sondern daß umgekehrt die Pflicht, der-

artige Anstalten zu erhalten, aus der primären Pflicht der Armen- und Krankenversorgung hervorgeht.

Daraus aber folgt zweierlei: 1. daß die Ortschaft als Eigenthümerin dieser Anstalten keineswegs die betreffenden Verwaltungspflichten leisten muß, 2. daß die neue Gemeinde, auch wenn sie dieser Anstalten entbehrt, dennoch die entsprechende Vorsorge zu treffen hat.

Wir ersehen daraus, daß bei der Vereinigung die Anstalt einem ähnlichen Schicksale unterliegen kann wie die Gemeinde selbst: es tritt eine Zerlegung in ihre Elemente ein, indem die in der Anstalt bisher realisirte Verwaltungspflicht sich loslöst von der Anstalt als Vermögensobject.

In äußerst zutreffender Weise hat der mit §. 2 correspondirende §. 69 der Regierungsvorlage[1]) diesem Gedanken Rechnung getragen: Während §. 2, der von dem erst zu vollziehenden Einigungsacte spricht, noch des Uebereinkommens „über den Besitz und Genuß ihres Eigenthums" und überdies „ihre Anstalten" erwähnt, sagt §. 69, der von der vollzogenen Vereinigung handelt: „Wenn .... Gemeinden mit Vorbehalt ihres Eigenthums zu Einer Gemeinde vereinigt worden sind...." Nach der vollzogenen Vereinigung wird der „Anstalten" nicht mehr neben dem übrigen Eigenthum Erwähnung gethan. Warum? Weil sie eben in der Ortschaft den Anstaltscharakter verloren haben und gewöhnliches Ortschaftsvermögen geworden sind.

§. 4. In der gänzlichen Loslösung der Verwaltungspflicht von der Anstalt ist aber zugleich ein Fingerzeig gegeben, daß bei der

---

[1]) Bukowina, Görz, Istrien, Kärnten, Mähren, Schlesien, Tirol und Vorarlberg §. 69, Dalmatien §. 79, Oberösterreich §. 67, Salzburg, Niederösterreich, Krain §. 70, Steiermark §. 66, Böhmen §. 76, Galizien §. 74.

Vereinigung und Trennung dieſe Pflicht überhaupt als unabhängig anzuſehen iſt von den bisherigen Einrichtungen. Nicht weil die frühere Gemeinde C die Pflicht hatte, eine Krankenanſtalt in dieſem und jenem Umfange einzurichten, eine Schule mit dieſer oder jener Claſſenzahl zu erbauen, haben die nunmehr getrennten Gemeinden A und B gemeinſam oder jede für ſich dieſe Pflicht, ſondern lediglich inſoferne bei jeder derſelben die Vorausſetzungen zur Erfüllung dieſer Pflicht von Neuem zutreffen.

Nicht weil und inſoweit ſie Rechtsnachfolgerin irgend einer früheren Gemeinde iſt, hat die neue Gemeinde Verwaltungspflichten, ſondern weil ſie ſelbſt Gemeinde iſt. Aus ihrer Eigenſchaft, Gemeinde zu ſein, entſpringen unmittelbar jene Verwaltungspflichten, und mit dem Verluſte dieſer Eigenſchaft hören ſie auf. Alſo liegt auch hier kein Succeſſionsverhältnis vor.

Und was von den Pflichten der Gemeinde gilt, kann umgekehrt füglich von ihren Rechten gelten. Nicht weil und inſoferne die alte Gemeinde Herrſchaftsrechte hatte, hat ſie die neue, ſondern ohne Rückſicht auf ein Succeſſionsverhältnis. Ueber die innere Nothwendigkeit dieſer Erſcheinung ſoll das nächſte Capitel Aufſchluß geben. Hier ſei vor Allem conſtatirt, daß keine Beſtimmung der Gemeindeordnung die Herrſchaftsrechte der Gemeinden verſchieden ordnet, je nachdem ſie aus Vereinigung oder Trennung ihren Urſprung ableiten oder nicht. Und doch wäre die Landesgeſetzgebung competent geweſen, hierüber Beſtimmungen zu treffen; jenes ſo oft betonte Competenzbedenken, welches ſie abhielt, eine privatrechtliche Succeſſion anzuordnen, entfällt hier; wenn ſie trotzdem Nichts beſtimmte, ſo erblicken wir darin eine Anerkennung des Waltens einheitlicher Grundſätze ſowohl in der Frage der privatrechtlichen wie der öffentlich-rechtlichen Nachfolge.

§. 5. Gehen wir endlich die Frage, ob bei der Vereinigung und Trennung von Gemeinden sich ein Successionsverhältnis für die Beziehungen des Individuums zur Gemeinde ergebe, nach dem von Jellinek vorgeschlagenen Schema des vierfachen Status[1]) durch, so werden wir diese Frage gleichfalls im obigen Sinne beantwortet finden.

a) Insoweit das Individuum sich im Zustande der Unterwerfung unter die Gemeinde befindet (status subjectionis oder nach Jellinek passiver Status), ist es klar, daß diese Beziehung mit dem Aufhören der früheren Gemeinde auch für das Individuum ein Ende hat, und die Unterwerfung unter die neue Gemeinde bedarf als Rechtsgrund nicht der Voraussetzung, daß es früher jener untergegangenen Gemeinde unterworfen war, ebensowenig wie solches z. B. der Fall ist, wenn Jemand aus dem Gebiete einer Gemeinde in eine andere übersiedelt und in den status subjectionis zur neuen Gemeinde tritt.

b) Daß bezüglich der gemeindefreien Sphäre (status libertatis oder nach Jellinek negativer Status) des Individuums von einem Uebergange zwischen alter und neuer Gemeinde nicht die Rede sein könne, versteht sich von selbst; denn eben die Freiheit von Beziehungen zur Gemeinde ist ja der Inhalt dieses Status.

c) Als dritten Status bezeichnet Jellinek jene rechtliche Beziehung des Einzelnen zum Staate, die sich dadurch ergibt, daß der Staat dem Individuum die Fähigkeit zuerkennt, die Staatsmacht für sich in Anspruch zu nehmen, die staatlichen Institutionen zu benutzen (status civitatis, positiver Status). Analoge Beziehungen bestehen natürlich auch gegenüber der Gemeinde.

[1]) Jellinek, System der subjectiven öff. Rechte, Cap. VIII u. flg. Die vier daselbst angeführten Status-Kategorien lassen sich mutatis mutandis mit Leichtigkeit für die Gemeindeverhältnisse verwerthen.

Wer Mitglied, Genosse, einer der beiden Einigungsgemeinden war, wird Mitglied der neuen, wenn die Merkmale der Mitgliedschaft der neuen Gemeinde auf ihn passen. Dies geht aus §. 6 der verschiedenen Gemeinde-Ordnungen hervor, gemäß welcher gesetzlichen Bestimmung die Mitgliedschaft ausschließlich nach den in diesem Paragraph enthaltenen Bestimmungen zu erkennen ist, und kein Merkmal vorkommt, welches Erwerb der Mitgliedschaft aus der Mitgliedschaft an einer früheren Gemeinde abzuleiten gestatten würde.

Bei der Trennung kann das frühere Mitglied der Gesammt-Gemeinde Auswärtiger einer der neuen Gemeinden werden, und diese Statusminderung wird nicht im mindesten dadurch behindert, daß er früher jener Gemeinde enger verbunden war. Ob er Auswärtiger wird, hängt durchaus nicht damit zusammen, welchen Status er in der großen Gemeinde hatte, sondern nur, welche gesetzlichen Merkmale auf ihn passen.

Mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Erwerb der Mitgliedschaft stehen allerdings jene über den Erwerb des Heimathsrechtes im Falle einer Vereinigung und Trennung von Gemeinden nicht in Einklang (§§. 3 und 4 des Heimathsgesetzes). Nach diesen Bestimmungen findet bei der Vereinigung wenigstens eine directe Uebertragung des Heimathsrechtes in den Einzelgemeinden auf die Einigungsgemeinde statt, und bei der Trennung wird eine „Zuweisung“ an eine der bei der Trennung neu entstehenden Gemeinden nach Maßgabe des Wohnsitzes angeordnet.

In dieser positiven Gesetzesanordnung liegt ein Widerspruch mit den übrigen bezüglich der Status-Verhältnisse getroffenen Gesetzesbestimmungen, der wohl aus dem Bestreben der Staatsgewalt zu erklären ist, die Einschachtelung aller Staatsbürger in bestimmte Gemeinden in möglichst einfacher Weise durchzuführen, und daher als

eine Ausnahme kaum geeignet ist, die hier durchgreifend erkannten Principien umzustoßen.

Insbesondere die „Zuweisung" bei der Trennung gibt sich selbst in ihrer mit allen übrigen Bestimmungen des Heimathsgesetzes nicht harmonirenden Rücksichtnahme auf den jeweiligen Wohnsitz das Zeugnis eines principwidrigen Nothbehelfes.

Das hier verfochtene Princip der mangelnden Succession kommt sofort wieder zur Geltung, wenn es sich darum handelt, aus dem Heimathsrechte bestimmte Ansprüche abzuleiten, z. B. das Recht des ungestörten Aufenthaltes. Der in der Gemeinde A Zuständige, welcher dort den Anspruch auf ungestörten Aufenthalt im ganzen Gebiete hatte, verliert bei der Trennung der Gemeinde in A und B diesen Anspruch bezüglich jener Gemeinde, zu welcher er nicht zugewiesen wurde, während doch, wenn man A und B als Rechtsnachfolgerinnen der Gemeinde A auffassen würde, es natürlich wäre, daß der nach dieser einstigen Großgemeinde Zuständige sein Aufenthaltsrecht beiden neuen Gemeinden gegenüber geltend machen könnte.

d) Als vierten und letzten Status haben wir noch zu betrachten activen Status, Kraft dessen dem Individuum die rechtliche Fähigkeit zuerkannt ist, für das Gemeinwesen thätig zu werden, wofür im Staatsrechte als typische Beispiele angeführt werden das Monarchenrecht, das Recht der Regenten, der republikanischen Staatshäupter, das Wahlrecht als Recht auf Anerkennung des Einzelnen in seiner Eigenschaft als Wähler[1]), das Recht des Gewählten auf Organschaft, oder wie Jellinek sich ausdrückt, „Anspruch auf Anerkennung seiner Individualität als Trägers der Organschaft"[2]) ꝛc.

---

[1]) Jellinek a. a. O. S. 152.

[2]) Jellinek a. a. O. S. 159.

Was von diesem Status im Gemeinderecht zur Erscheinung gelangt, sind die Wahlrechte und die Rechte der Gewählten. Auch hierüber läßt sich nur sagen, was bereits ad a) ausgesprochen wurde, daß die Ansprüche auf Anerkennung dieses Status mit der Gemeinde selbst verschwinden und bei der neuen Gemeinde von Neuem entstehen, ohne daß ein Zusammenhang zwischen dem untergehenden und dem neuentstehenden Status rechtlich nachweisbar oder im Gesetze irgendwie angedeutet wäre.

Vierzehntes Capitel.

Schlußfolgerungen.

§. 1. Die bisherige Betrachtung der Vereinigung und Trennung von Gemeinden hat uns die Entstehung und den Untergang derselben gezeigt, so wie sich diese Ereignisse vor unseren Augen abspielen. Das ist nun insoferne von besonderem Interesse, als ja die Frage nach der Entstehung der Gemeinde die gesammte Staats- und verwaltungsrechtliche Literatur durchzieht, insoweit sich diese mit dem Gemeinderechte befaßt.

Und es ist nicht bloß das historische Interesse an sich, welches die Forschungen nach dem Ursprunge deutscher Städterechte, nach dem Ursprunge des Höferechtes und der Gemeinde-Mark belebt, sondern die Hoffnung, auf diesem Wege dem eigentlichen Grundprobleme des Gemeinderechtes, der Frage nach der Stellung der Gemeinde zum Staate näher zu kommen.

Das Problem, um dessentwillen die Staatsrechtslehrer diese Forschungen angestellt haben, ist — wenn man vom historischen Nebeninteresse absieht — vornehmlich dieses: Man sieht, wie die Gemeinden eine Herrschaftsgewalt über den Einzelnen ausüben, Befehle aussprechen, zu Leistungen verpflichten, kurz, daß sie Imperium besitzen, das seiner Wirkung nach ganz analog ist dem staatlichen, wenn es auch nicht in gleicher Intensität alle Lebensäußerungen umfaßt.

Es entsteht also die Frage, welches ist die rechtliche Natur dieser

Hoheitsrechte der Gemeinde: Sind sie identisch mit den staatlichen[1]) oder etwas davon Verschiedenes, ein Gewaltverhältnis, das nicht staatlicher Art ist?

A. Im ersteren Falle müßte man wieder unterscheiden, ob dieses staatliche Imperium von der Gemeinde, als Vertreter des Staates, ausgeübt wird, oder aber, ob der Staat aus seiner gesammten Machtfülle einen Theil ausgeschieden und ihn der Gemeinde als ein eigenes Recht derselben übertragen hat. Jede dieser letzterwähnten Alternativen gestattet naturgemäß divergirende Folgerungen für die Frage der Abhängigkeit und Unterordnung der Gemeinde unter den Staat; wenn die Gemeinde ausschließlich staatliche Hoheitsrechte als Vertreter des Staates, also in dessen Namen, ausübt, so wird sich eine analoge Stellung derselben ergeben, wie sie ein Amt des Staates diesem gegenüber hat, in etwa modificirt durch jene Eigenthümlichkeiten, welche sich aus ihrer juristischen Persönlichkeit, ihrer besonderen vermögensrechtlichen Stellung ꝛc. ableiten lassen. Wenn hingegen die Gemeinde einen zwar ursprünglich staatlichen Zweig des Imperiums zur Gänze übernommen hat, so erscheint sie nunmehr als Rechtsnachfolger des Staates, und zur Beurtheilung der rechtlichen Natur dieses Hoheitsrechtes wird man noch immer auf die Staatsgewalt zurückgreifen müssen, aber andererseits ist sie nunmehr selbst Träger dieser Rechte.

---

[1]) In diesem Sinne faßt Laband alle Gemeindegewalt als Ausübung staatlicher Gewalt auf, indem er (Staatsrecht des deutschen Reiches, 2. Aufl. 1888, S. 98) sagt:

„Anstatt daß der Staat seine obrigkeitlichen Herrschaftsrechte direct durchführt, überträgt er die Durchführung an Personen, die ihm zwar unterworfen sind, die aber ihm gegenüber eine besondere öffentliche Rechtssphäre, eine begrifflich verschiedene Existenz haben." .... „Diese können corporativ organisirt sein .... die Städte und freien Landgemeinden."

Sowohl die eine wie die andere dieser Alternativen verträgt sich mit jener Grundanschauung, die alle Hoheitsrechte im räumlichen Umfange des Staatsgebietes als eine dem Staate emanirende Kraft ansieht, wenngleich die letztgenannte Alternative bereits auf dem Standpunkte steht, daß der Staat, welcher eines Theiles seiner Gewalt sich entäußert hat, nicht mehr als der alleinig Berechtigte anzusehen ist.

B. In dem anderen der vorher als denkbar angeführten beiden Hauptfälle jedoch, wonach das Imperium der Gemeinde etwas schon seinem Ursprunge nach Verschiedenes von der Staatsgewalt ist, würde sich herausstellen, daß es im Staate Gewalten gibt, die nicht staatlicher Art sind, Befehlsrecht und staatliches Befehlsrecht würden nicht mehr Begriffe sein, die sich decken, und die rechtliche Natur der Gemeindegewalt müßte auf anderen Grundlagen erforscht werden, als durch Zurückgehen auf die staatliche Gewalt.

Wenn man demnach von dem Falle absieht, daß die dem Staate innewohnende Herrschaftsgewalt von seinen eigenen Organen ausgeübt werde, so läßt sich folgendes Schema für die nicht von staatlichen Organen ausgeübte Herrschaft aufstellen:

a) entweder die Staatsgewalt wird von anderen Organen in dessen Namen ausgeübt,

b) oder dieselbe ist vom Staate veräußert worden, und wird als eigenes Recht des Rechtsempfängers, also hier der Gemeinde, ausgeübt,

oder endlich c) eine von Anfang an nicht staatliche Gewalt wird von Rechtssubjecten, die nicht staatliche Organe sind, ausgeübt.

Welcher dieser denkbaren Fälle dem von der Gemeinde innegehabten Herrschaftsrecht in Wahrheit zu Grunde liegt, das ist das große Problem, dessen Erkenntnis nicht nur das Wesen der Gemeinde, sondern auch jenes des Staates aufklären würde.

§. 2. Nun glaubte man, dieſem Probleme auf dem Wege hiſtoriſcher Forſchung näher zu rücken, indem man ſo argumentirte: Iſt es einmal erwieſen, daß die Gemeinde ein Geſchöpf des Staates ſei, ſo folgt daraus, daß mit der Gemeinde ſelbſt auch ihr Hoheitsrecht ein Geſchöpf des ſtaatlichen Willens ſei, daß alſo die Gemeinde mit der Exiſtenz auch die Hoheitsrechte vom Staate übernommen habe. Und umgekehrt, wenn ſich hiſtoriſch nachweiſen läßt, daß die Gemeindebildung ein außerſtaatlicher Act war, und wohl gar zeigen läßt, daß die Gemeinden Hoheitsrechte ausgeübt haben, ohne daß der Staat auch nur Gelegenheit gehabt hätte, ihnen ſeine Gewalt zu übertragen oder anzuvertrauen, ſo laſſe ſich daraus eine Schlußfolgerung über den nichtſtaatlichen Charakter dieſer Gemeindegewalt ziehen.

Dies alſo kann als die Tendenz der hiſtoriſchen Forſchung nach dem Urſprung der Gemeinde angeſehen werden, daß man aus dem Nachweiſe, ob die Gemeinde ein Product des Staates ſei, oder daß dies nicht der Fall ſei, folgert, daß ſie auch ihr Imperium vom Staate erhalten oder nicht, und daß die Gemeindegewalt ſachlich identiſch ſei mit der Staatsgewalt oder nicht.

Durch die vorausgegangenen Unterſuchungen über Vereinigung und Trennung von Gemeinden erſcheint jedoch der Gedanke nahe gelegt, daß es möglich ſei, auf dem daſelbſt eingeſchlagenen Wege den vorhin erwähnten Problemen nach dem Urſprunge und der rechtlichen Natur der Gemeindegewalt mindeſtens ebenſo nahe zu rücken, als es vermittels jener hiſtoriſchen Forſchung geſchehen kann.

Es hat ſich uns bereits die merkwürdige Erſcheinung gezeigt, daß Gemeinden heute noch ebenſowohl durch einen ſtaatlichen Creationsact entſtehen, als auch auf andere Weiſe, ohne daß nämlich der Staat als der Schöpfer der neuentſtandenen Gemeinde anzuſehen ſei.

Beim gleichzeitigen Vorhandensein zweier so entgegengesetzter Entstehungsursachen erübrigt nur eine von zwei Annahmen:

1. entweder existiren zwei verschiedene Arten von Gemeinden nebeneinander, die unter sich nicht wesensgleich sind und sich in einer ganz verschiedenen rechtlichen Stellung zum Staate befinden: Die eine, die vom Staate geschaffene Gemeinde, von der man gemeiniglich annimmt, daß sie nur staatliche Gewalt besitze; die andere, die unabhängig vom Staate entstandene Gemeinde, die Gemeinde mit eigenem Hoheitsrechte, oder aber

2. es muß zugegeben werden, daß die obigen Unterscheidungen keineswegs mit Nothwendigkeit durch die verschiedene Entstehungsursache der Gemeinden bedingt sind, mit anderen Worten, daß die Entstehungsursache der Gemeinden keineswegs im Causalnexus stehe mit dem rechtlichen Charakter ihres Imperiums.

Die erstere Annahme, nach welcher man bei jeder einzelnen Gemeinde den Ursprunge erforschen müßte, steht mit unserer nivellirenden Gesetzgebung und Staatsauffassung in solchem Widerspruche, daß wir ihre Unhaltbarkeit nicht weiter zu erweisen brauchen.

Das Gesetz hat das Gemeindewesen einheitlich geregelt, ohne nach dem Ursprunge der einzelnen Gemeinden zu fragen, und sämmtliche Bestimmungen der Gemeindeordnungen gelten für die vom Staate geschaffenen Gemeinden ebenso wie für alle anderen. Die erstere Annahme hat demnach nicht Eine gesetzliche Bestimmung für, dagegen alle Bestimmungen der einheitlich regelnden Gemeindeordnung gegen sich. Alle Arten der wie immer entstandenen Gemeinden stehen heute in ganz gleichem rechtlichen Verhältnisse zum Staate, und so erübrigt nur die andere Annahme: Einheitliches Verhältnis aller Gemeinden zum Staate, aber auch Einflußlosigkeit der Entstehungsursache auf dieses Verhältnis.

§. 3. Man muß also bei der Untersuchung, ob die Hoheitsrechte der Gemeinde staatlicher Art sind, davon absehen, nachzufragen, wie die Gemeinden dem Staate gegenüber entstanden sind. Damit ist allerdings ein weiterer Gedanke unzertrennbar verbunden: Die Regelung der rechtlichen Stellung der österreichischen Gemeinde ist in einheitlicher Weise durch das Gesetz erfolgt, und es gibt nur jene Verschiedenheiten, welche das Gesetz selbst anerkennt.

Somit wurde gezeigt, daß jene Schlußkette, welche von dem Ursprunge der Gemeinde auf den Ursprung der Gemeindegewalt und von letzterer auf die rechtliche Natur derselben bindende Folgerungen ziehen will, falsch ist.

Der Irrthum kann liegen 1. entweder in dem Schlusse, der von dem Ursprunge der Gemeinde auf den Ursprung des Imperiums geht, oder 2. in jenem Schlusse, der von dem Ursprunge des Imperiums auf dessen rechtliche Natur gezogen wird. Rosin hat bereits auf die Unrichtigkeit der zweitgenannten Schlußfolgerung nachdrücklich hingewiesen in seiner Schrift: Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung[1]), woselbst gezeigt wird, daß die Frage, ob die Hoheitsrechte der Gemeinde eigene Rechte derselben sind oder nicht, unabhängig davon ist, ob diese Rechte der Gemeinde vom Staate übertragen wurden oder nicht; auf dem Wege sprachlicher Erforschung hat Rosin den Gegensatz zum „eigenen" Rechte ganz richtig im „fremden" Rechte erkannt, das Jemand vertretungsweise im Namen des Berechtigten ausübt, und nachgewiesen, daß die bisherige Gegenüberstellung des eigenen Rechtes zum „abgeleiteten" oder übertragenen Rechte (ebenso wie zum entziehbaren und controlirbaren) falsch sei.

---

[1]) Separatabdruck aus d. Annalen d. d. Reiches 1883.

Auch wir stehen vollkommen auf diesem Standpunkte, glauben jedoch, daß Rosin damit nur die Eine Seite des Problems berührt hat, die andere offen lassend.

Mit der ganz richtigen Erkenntnis, daß der Ursprung des Rechtes nicht entscheidend ist für die Frage, ob dasselbe als eigenes oder fremdes anzusehen sei, ist nur so viel bewiesen, daß man bisher zwei ganz verschiedene Fragen, jene der Qualität des Rechtes, ob eigen oder fremd, mit jener nach der Erwerbsart, ob originär oder derivativ, vermengt hat. Aber nachdem Rosin gezeigt hat, daß der Gegensatz vom eigenen im fremden Rechte liege und daß die Gemeinde ganz wohl „eigene" Hoheitsrechte besitzen könne, die übertragen wurden und umgekehrt, hat er es unterlassen, einen Schritt weiter zu thun, und zu forschen, ob denn eine solche Uebertragung der „eigenen" Hoheitsrechte der Gemeinde von Seiten des Staates erfolgt sei oder nicht, und damit wäre die erste der vorhin angeführten Schlußfolgerungen auf ihre Richtigkeit geprüft und jene Frage berührt worden, um derentwillen die andere falsch gestellt wurde. Da ist es nun interessant nachzuweisen, daß die auf dem Wege sprachlicher Erforschung gewonnenen Resultate Rosins eben in Folge eines sprachlichen Irrthums nicht zu Ende gedacht wurden.

Indem Rosin den richtigen Gegensatz des „eigenen" Rechtes im „fremden" gefunden hat, hat er dennoch für diesen Gegensatz die Terminologie, „delegirtes" Recht beibehalten und sich dabei auf den herrschenden Sprachgebrauch gestützt: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes pflegt man das vertretungsweise ausgeübte Recht im „Gegensatze zum „eigenen" als delegirtes zu bezeichnen. Diesem „Sprachgebrauch sollen sich die folgenden Erörterungen anschließen." [1])

[1]) Rosin, ibidem Seite 10.

— Ist die Beibehaltung dieser dem bestehenden „Sprachgebrauche“ entlehnten Terminologie noch zulässig? Die Terminologie „delegirtes“ Recht entsprach vollkommen der früheren Anschauung, deren Unrichtigkeit Rosin nachgewiesen hat. Nunmehr diese Terminologie auf einen völlig neu gefundenen Gegensatz anwenden zu wollen, muß verwirrend wirken. Man lese nur die Erklärung Rosin's: „delegirtes Recht ist also weder übertragenes oder abgeleitetes Recht, in dem Sinne, daß der Berechtigte sein Recht auf einen Autor zurückführt, sondern einzig und allein das im fremden Namen vertretungsweise ausgeübte Recht.“ [1]) Also: „delegirt“ nach Rosin ist etwas ganz Anderes, als man nach dem Sprachgebrauche, dem Wortlaute, vermuthen sollte [2]), und so hat denn Rosin mit seiner Gegenüberstellung von „eigenem“ und „delegirtem“ Rechte selbst wieder den Unterschied verwischt, den er durch seine ursprüngliche Unterscheidung zwischen eigenem und nichteigenem, d. i. fremdem Rechte aufgestellt hat. Bei consequenter Beibehaltung der letzteren Unterscheidung hätte er dazu gelangen müssen, daß neben diesen beiden Kategorien, welche nach der Stellung des das Recht ausübenden Subjectes unterschieden werden, noch die Kategorien des übertragenen und des nicht übertragenen Rechtes, welche nach dem Ursprunge des Rechtes unter-

---

[1]) Rosin, ibidem Seite 16.

[2]) Und diese Bedeutung „delegirt“ wird für das öffentliche Recht gelten. Soll vielleicht für das Privatrecht das Wort in seiner bisherigen Bedeutung bleiben? Das heißt doch Mißverständnissen aller Art Thür und Thor öffnen!

Richtig war bisher das Verständnis des Wortes „delegirt“ als „übertragen“, falsch nur dessen Gegenüberstellung zu „eigen“.

Rosin will nun dem Worte „delegirt“ einen falschen, demselben nicht zukommenden Sinn unterlegen, um es für die neu gefundene Gegenüberstellung beibehalten zu können.

ſchieden werden, fortbeſtehen, und daß nunmehr die Frage nach dieſem Urſprunge der Hoheitsrechte der Gemeinde erſt recht ungelöſt fortbeſtehe und zu erörtern ſei.

§. 4. Indem wir uns an die Erörterung dieſer Frage wagen, können wir — uns auf Roſin ſtützend — davon ausgehen, daß man dieſelbe bisher irriger Weiſe dahin formulirt habe, ob der Gemeinde eigenes oder übertragenes Hoheitsrecht zukomme. Richtig formulirt würde ſie natürlich lauten: Wurden Hoheitsrechte der Gemeinde vom Staate übertragen oder nicht, oder: Gibt es Hoheitsrechte der Gemeinde, die ihr vom Staate übertragen wurden, und gibt es ſolche, bei denen das nicht der Fall iſt?

Was bedeutet aber die Frage, ob einem Rechtsſubjecte von einem anderen Rechte übertragen wurden? Es iſt die Frage, ob eine Rechtsnachfolge, ein Succeſſionsverhältnis vorliege, mit der Folge, daß einem Rechtsſubjecte, welches ein beſtimmtes Recht bisher nicht hatte, dieſes Recht von einem Dritten gewährt wird, daß ſich alſo zwei Rechtsſubjecte in dem Sinne gegenüberſtehen, daß das eine als Geber, das andere als Empfänger erſcheint.

Natürlich würde dies zur Vorausſetzung haben, daß der eine Theil (Staat) dieſe Rechte in einem größeren oder doch mindeſtens genau in demſelben Umfange beſitzt, in dem er ſie übergibt, oder aber, daß ſich die übergebenen aus den von ihm beſeſſenen Rechten ableiten laſſen, etwa wie die Servitut aus dem Eigenthum. Demgemäß wäre die Folge, daß der Geber das Recht genau in jenem Umfange verliert, als es der Empfänger erhält.

Nun iſt zwar ein ſolcher Vorgang keineswegs ausgeſchloſſen. Wir wiſſen, daß der Staat ſeine Herrſchaftsgewalt nicht bloß durch ſeine eigenen Organe ausübt, ſondern daß er ſie fremden, ſelbſtſtändigen Rechtsſubjecten zur Ausübung überläßt, ja er kann noch

weiter gehen und dieſe Rechte gänzlich aus ſeiner Rechtsſphäre ausſcheiden, und ſie nicht bloß zur Ausübung, ſondern zur Gänze weiter begeben. Kein Zweifel, daß auf ſolchem Wege neue ſubjective Rechte geſchaffen werden im Wege der Rechtsnachfolge.

Allein irrig wäre es, zu behaupten, daß dies der einzige, ja daß es der normale Weg wäre, auf welchem ſubjectives Recht entſteht. Iſt ſubjectives Recht ſo viel, wie die geſetzlich zuſtehende Sphäre, in der das Rechtsſubject ſich bewegen kann, die Befugnis, ſeinen Willen zur Geltung zu bringen, ſo bedeutet das Fixiren ſubjectiver Rechte durch den Staat keineswegs, daß aus der Rechtsſphäre des Staates einzelne Befugniſſe ausgeſchieden werden, um ſie dieſem Rechtsſubjecte zu übertragen. Von den vorerwähnten ſpeciellen Fällen abgeſehen, tritt ſomit eine Rechtsnachfolge, ein Succeſſionsverhältnis überhaupt nicht ein, wenn die geſetzliche Regelung der Rechtsſphäre eines Rechtsſubjectes in Frage ſteht. Nur durch das Fehlen dieſes Succeſſionsverhältniſſes erklärt es ſich, daß der Staat ſubjective Rechte begründen kann, ohne ſie ſelber beſeſſen zu haben. Indem in der Feſtſetzung ſubjectiver Rechte einfach die Erklärung eines Wollendürfens in einer beſtimmten Richtung liegt, braucht der Staat jene Rechte gar nicht ſelbſt zu beſitzen.

Manche dieſer Rechte kann er gar nie beſeſſen haben, ſchon weil ihm die phyſiſche Vorausſetzung hiezu fehlt; ſo bei der väterlichen Gewalt, bei allen Familienrechten, bei kirchlichen und interconfeſſionellen Rechtsverhältniſſen. So wenig er die väterliche oder kirchliche Gewalt, die durch das Geſetz zu einer rechtlichen geworden iſt, ſelbſt beſeſſen hat, ſo wenig braucht dies im Allgemeinen der Fall zu ſein; der Staat iſt nicht Vater, nicht Familie, nicht Kirche, und dennoch ſchützt er hier ein Wollendürfen und erhebt den Willen zu einem rechtlich geſchützten Willen.

Ebenso ist der Staat nicht Gemeinde, daher besitzt er jene Eigenschaften nicht, die der Gemeinde specifisch eigenthümlich sind. Wenn er sich daher auf dem Gebiete des Gemeinderechts gesetzgeberisch bethätigt und auf dem Wege staatlicher Gesetzgebung anerkennt, daß die Gemeinde Hoheitsrechte besitzt, so ist es ganz falsch, daraus zu schließen, daß dieses rechtlich geschützte Wollendürfen der Gemeinde stets eine Uebertragung staatlicher Befugnisse sein müsse.

§. 5. Kehren wir zu dem Ausgangspunkte dieser Untersuchung zurück, so läßt sich die am Eingange dieses Capitels aufgestellte Frage, welches die rechtliche Natur dieser Gemeinde-Gewalt sei, ob sie identisch sei mit dem staatlichen Imperium oder etwas davon Verschiedenes, ein Gewaltverhältnis, das nicht staatlicher Art sei, folgendermaßen beantworten:

1. Es gibt eigene Rechte der Gemeinde, unter diesen auch Herrschaftsgewalt, die vom Staate nicht übertragen, sondern lediglich anerkannt worden ist. Hierunter fallen die wichtigsten Befugnisse des im Gesetze sogenannten „selbstständigen" Wirkungskreises. Schon in einem früheren Capitel[1]) wurde an der Hand der Reichsrathsprotokolle gezeigt, daß dem Gesetzgeber der Gedanke vorschwebte, es trete hier nicht eine Uebertragung staatlicher Befugnisse ein, sondern es handle sich lediglich um staatliche Anerkennung eines der Gemeinde gemäß ihrer inneren Natur zukommenden Wirkungskreises. Daß jedoch keineswegs die Gesammtheit der eigenen Rechte der Gemeinde mit diesem „nicht übertragenen" Wirkungskreise zusammenfalle, ergibt sich daraus, daß

2. es eigene Hoheitsrechte der Gemeinde geben kann, die auf derivativem Wege vom Staate erworben wurden, durch Rechtsüber-

[1]) Cap. 5 §. 3.

tragung, also im Wege der Succession. Trotz des ursprünglich staatlichen Charakters dieser Rechte sind sie nunmehr ausgeschieden aus der Sphäre staatlicher Befugnisse und zur Gänze der Gemeinde übergeben worden und figuriren nunmehr als eigene Rechte derselben[1]);

---

[1]) Bei einer Durchsicht der wichtigsten Bestandtheile des selbstständigen Wirkungskreises, wie solche im Art. V des R. G. G. exemplificativ angeführt werden, lassen sich diese beiden Arten leicht erkennen. Zu der ersten Kategorie gehören die Rechte, welche die freie Verwaltung des Vermögens und ihre auf den Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten betreffen, ferner das Armenwesen; aus ihnen folgt das Recht zur Aufnahme in die Gemeinde und die Verleihung der Zuständigkeit des Bürgerrechtes ꝛc. mit daraus sich ergebenden gemeinde-politischen Rechten, ebenso das Recht der Ausschließung aus den Territorien. Von den in diesem Artikel nicht angeführten, dennoch zum selbstständigen Wirkungskreise gehörigen Angelegenheiten wären hieher zu zählen: das Recht der Gemeinde, strafweise vorzugehen gegen unmotivirte Wahlablehnung, die Zwangs- und Strafgewalt gegen nichtamtirende Ausschußmitglieder; dagegen gehört zu dem nunmehr eigenen, jedoch seiner Zeit vom Staate übertragenen Hoheitsrechte der Gemeinde die gesammte Ortspolizei.

Daß in der That diese Verschiedenheiten innerhalb des Gebietes des selbstständigen Wirkungskreises keineswegs ganz verschwunden sind, ergibt sich sehr deutlich aus der verschiedenen Behandlung des Instanzenzuges. Während in allen Angelegenheiten des staatlichen Wirkungskreises der Instanzenzug ausschließlich an die staatliche Behörde geht, macht sich beim selbstständigen Wirkungskreis eine eigenthümliche Irregularität geltend. Zwar gilt als Regel, daß nicht der Staat die obere Instanz für die Angelegenheiten des selbstständigen Wirkungskreises sei. Allein diese Regel ist durchbrochen durch die Ausnahmsbestimmung des Art. XVI des Reichsgemeindegesetzes, daß bei solchen Entscheidungen, wo nicht der Ausschuß, sondern der Bürgermeister competent ist, dennoch wieder die Staatsbehörde als Oberinstanz fungirt. Für diese eigenthümliche Unterscheidung gewinnt man das Verständnis durch Vergleich jener Agenden, die der Ausschuß, und jener, die der Bürgermeister allein zu entscheiden hat. Da ergibt sich nun, daß alle jene Angelegenheiten, welche wir

3. haben wir den Fall als möglich hingestellt, daß der Staat seine eigenen Hoheitsrechte, ohne sich derselben zu begeben, durch fremde Organe ausüben läßt. Das Gesetz faßt diese Fälle, soweit die Gemeinde jenes Organ ist, unter dem Begriff des „übertragenen" Wirkungskreises der Gemeinde zusammen.

Sofort erkennen wir jetzt, daß diese Bezeichnung eine durchaus falsche sei; denn darauf, daß hier eine Uebertragung von Rechten stattgefunden habe, kann schon deshalb kein Gewicht gelegt werden, weil, wie wir soeben (sub 2) gesehen haben, gerade die eigenen Rechte der Gemeinde zum Theil in Folge Uebertragung staatlicher Rechte entstanden sind. Es kann somit das Moment der Rechtsübertragung nicht mehr als Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Kategorie der eigenen Rechte benützt werden.

Worauf es vielmehr ankommt, das ist der Umstand, daß es sich hier nicht mehr um eigene Rechte der Gemeinde handelt, sondern daß sie fremde Rechte ausübt.

---

vorhin als niemals vom Staate übertragen angeführt haben, wie Ausübung der Gebietshoheit, Vermögensverwaltung, Strafgewalt wegen Wahlverweigerung ꝛc., vom Gemeindeausschuß ausgeübt werden, hingegen die Handhabung der Ortspolizei dem Bürgermeister allein zusteht. Indem somit vom Bürgermeister regelmäßig an die Staatsbehörde appellirt werden kann, ist damit erkennbar, daß, indem der Staat die Polizei der Gemeinde übertrug, er doch nicht die letzte Consequenz aus dieser Uebertragung gelten lassen wollte, sondern noch immer der Grundgedanke wirksam war, daß ja ursprünglich staatliche Hoheitsrechte hier ausgeübt wurden, und im Wege des Instanzenzuges der staatliche Einfluß doch wieder Eingang finden sollte.

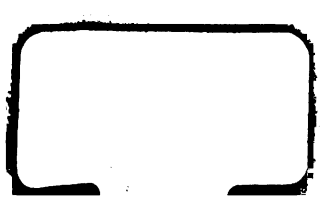
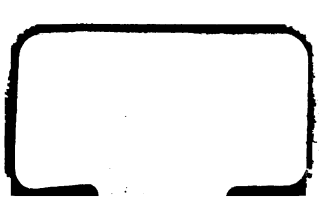
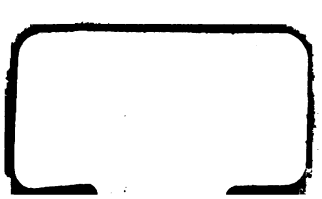
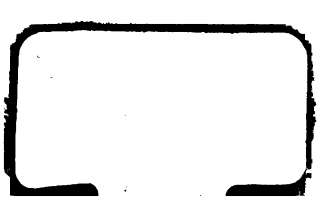
So weisen die scheinbaren Irregularitäten des Gemeindegesetzes auf eine innerliche Verschiedenheit der Bestandtheile des selbstständigen Wirkungskreises hin, die bei dem Mangel einer theoretischen Erfassung der Unterschiede von der Gesetzgebung in unvollkommener Weise zum Ausdruck gebracht wurden.

§. 7. So wie wir in Capitel 6 die Unhaltbarkeit des Ausdruckes des „selbstständigen" Wirkungskreises nachgewiesen haben, so müssen wir jetzt den Ausdruck „übertragenen" Wirkungskreis dahin rectificiren, daß es heißen sollte „fremder Wirkungskreis", und indem wir fremden und eigenen Wirkungskreis der Gemeinde gegenüberstellen, gelangen wir zu einer den gesammten Wirkungskreis der Gemeinde umfassenden Eintheilung. Gerade so, wie wir nachgewiesen haben, daß eine augenfällige und häufig eintretende Erscheinung, daß nämlich die Gemeinde zumeist eine große Selbstständigkeit in der Behandlung eigener Angelegenheiten habe, den Gesetzgeber dazu verleitete, einen Theil des Gemeindewirkungskreises als „selbstständigen" zu bezeichnen, während doch der „eigene" gemeint war, so ist nicht zu leugnen, daß der fremde Wirkungskreis in der Regel sich mit staatlichen Rechten befasse, die im Delegationswege übertragen wurden. In dem Momente jedoch, da wir die richtige Bezeichnung „fremder" Wirkungskreis hier einsetzen, erkennen wir sofort zweierlei: 1. daß diese „fremden" Rechte durchaus nicht logisch sich decken müssen mit „staatlichen" Rechten, daß es vielmehr möglich sein müsse, daß auch nichtstaatliche Rechte im fremden Wirkungskreise ausgeübt werden können; 2. daß es nicht mehr darauf ankomme, wieso die Gemeinde die Berechtigung erlangt habe, diese fremden Rechte auszuüben, ob im Wege der Uebertragung oder auf andere Weise.

Wirklich sehen wir, daß unter den fremden Rechten der Gemeinde auch solche sich befinden, die nicht staatlicher Art sind; sie kann Rechte des Landes, des Bezirkes, wie auch anderer Corporationen ausüben, z. B. der Ortschaft. Alle diese sind fremde Rechte, und die in Artikel VI des Reichsgemeindegesetzes enthaltene Einschränkung des „übertragenen" Wirkungskreises auf staatliche Rechte ist demnach unhaltbar; sie ist zu enge, weil sie nur einen Theil der fremden

Rechte der Gemeinde umfaßt, und sie kann daher nicht als vollständige Ergänzung des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde gelten.

Ebenso haben wir keinen Grund anzunehmen, daß diese fremden Rechte stets von dem Subjecte des fremden Rechtes der Gemeinde übertragen sein müssen. Die politische Gemeinde verwaltet die Aufgaben der Ortschaft, ohne von letzterer hiezu delegirt zu sein, lediglich weil das Gesetz dieses subjective Recht ihr einräumt, und wir sehen hier die Form eines originär erworbenen fremden Rechtes analog dem von Rosin für das Privatrecht angeführten Falle.

EXDC,
4/27/23,

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.